НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ ПОЛОЖЕНЬ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

За загальною редакцією
члена-кореспондента Національної академії правових наук України,
доктора юридичних наук, професора А. А. Музики

Київ
«Центр учбової літератури»
2017

УДК 347.991:343(477)
ББК 67.71+67.408(4Укр)
П69

Укладач:
Горох Олексій Петрович – доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», кандидат юридичних наук, доцент, адвокат.

П69 **Практика застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України** [уклад. О. П. Горох]; За заг. ред. А. А. Музики. – К.: «Центр учбової літератури», 2017. – 915 с.

ISBN 978-617-673-678-3

У збірнику систематизовано викладена практика застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України, що відображена у відповідних постановах Пленуму, узагальненнях судової практики. Особливу цінність становлять розміщені у виданні витяги з рішень (правові позиції) Верховного Суду України та Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, постановлені (ухвалені) протягом 2011–2017 років за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Видання розраховане на суддів, прокурорів, слідчих, працівників правоохоронних органів, адвокатів, науковців, викладачів, аспірантів (ад'юнктів), магістрів і студентів вищих навчальних закладів юридичного профілю.

УДК 347.991:343(477)
ББК 67.71+67.408(4Укр)

ISBN 978-617-673-678-3

© Музика А. А., Горох О. П., 2017.

Зміст

Вступне слово **15**

1. Злочини проти життя особи

1.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 р. № 2 .....**18**

1.2. Судова практика розгляду справ про умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками **28**

1.3. Практика розгляду судами справ про умисне вбивство за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 115 КК) **30**

1.4. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 3 квітня 2014 року у справі № 5-8кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством, вчиненим у стані сильного душевного хвилювання)*.....**55**

1.5. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-39кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства з корисливих мотивів в аспекті розмежування його з умисним вбивством, вчиненим у стані сильного душевного хвилювання)*..**60**

1.6. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року у справі № 5-29кс14 (*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони)* **66**

1.7. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-27кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони)*…….…….....**70**

1.8. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 грудня 2015 року у справі № 5-125кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони)* **74**

1.9. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2016 року у справі № 5541296514-к (*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони)* **79**

1.10. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року у справі № 5-11кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його із заподіянням умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого)* **86**

1.11. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-204кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства, вчиненого з особливою жорстокістю, в аспекті розмежування його з «простим» умисним вбивством)*.....**92**

1.12. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2013 року у справі № 5-26кс12 *(рішення про неправильну*

кваліфікацію дій як умисного вбивства, вчиненого способом, небезпечним для життя багатьох осіб, в аспекті розмежування його з «простим» умисним вбивством) **98**

1.13. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 жовтня 2012 року у справі № 5-21кс12 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*) **104**

2. Злочини проти здоров'я особи

2.1. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 жовтня 2012 року у справі № 5-22кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством)* **107**

2.2 Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-8к13 (*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством)* **110**

2.3. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 березня 2015 року у справі № 5-4кс15 (*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*) **113**

2.4. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 травня 2015 року у справі № 5-25кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством)* **118**

2.5. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 грудня 2015 року у справі № 5-306кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством)* **123**

2.6. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-5кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з необережним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень)* **128**

2.7. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 квітня 2014 року у справі № 5-13кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з необережним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень)* **132**

2.8. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 листопада 2014 року у справі № 5-31кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з умисним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони)* **138**

3. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи

3.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» від 30 травня 2008 р. № 5 .....**142**

3.2. Судова практика у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи **155**

4. Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина

4.1. Судова практика у справах про застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ **177**

4.2. Практика розгляду судами кримінальних справ про невиплату заробітної плати, стипендій, пенсій чи інших установлених законом виплат..... .**189**

4.3. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 березня 2016 року у справі № 5-299кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію незаконного проникнення до житла)* **189**

4.4. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 1 жовтня 2015 року у справі № 5-106кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію грубого порушення законодавства про працю)* **198**

5. Злочини проти власності

5.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 року № 10 .....**202**

5.2. Практика розгляду судами справ про злочини проти власності **215**

5.3. Постанова Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 грудня 2015 року у справі № 5-221кс15 *(рішення про неправильну кваліфікацію крадіжки як малозначного діяння)* **236**

5.4. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 березня 2014 року у справі № 5-2кс14 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як незаконного привласнення особою знайденого в аспекті розмежування його з крадіжкою)* **242**

5.5. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 грудня 2014 року у справі № 5-23кс14 *(рішення про правильну кваліфікацію крадіжки в аспекті розмежування її з незаконним привласненням особою знайденого майна* **247**

5.6. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 жовтня 2013 року у справі № 5-40кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як закінченої крадіжки)* **250**

5.7. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 червня 2015 року у справі № 5-96кс15 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як закінченої крадіжки)* **254**

5.8. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 29 жовтня 2015 року у справі № 5-98кс15 (*рішення про неправильне визначення кваліфікуючих ознак крадіжки залежно від розміру завданої шкоди)* **257**

5.9. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31 січня 2013 року у справі № 5-33кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію крадіжки грошей з банкомату без кваліфікуючої ознаки «з проникненням у сховище»)* **265**

5.10. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 квітня 2013 року у справі № 5-9кс19 *(рішення про правильну кваліфікацію розбою в аспекті розмежування його з грабежем)* **272**

5.11. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-35кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як розбою в аспекті розмежування його з насильницьким грабежем)* **277**

5.12. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 листопада 2012 року у справі № 5-15кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію розбою, поєднаного з проникненням в «інше приміщення»)*..... **283**

5.13. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 вересня 2016 року у справі № 5-213кс15(16) (*рішення про правильну кваліфікацію розбою в аспекті розмежування його з розбоєм, поєднаним з проникненням в «інше приміщення»)* **288**

5.14. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-39кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем)* **294**

5.15. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-30кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в аспекті розмежування його з шахрайством)* **300**

5.16. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-27кс12 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як заволодіння чужим майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в аспекті розмежування його із зловживанням службовим становищем)* **304**

5.17. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 23 січня 2014 року у справі № 5-48кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – в аспекті розмежування його із зловживанням службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим в інтересах третіх осіб, із заподіянням істотної шкоди або тяжких наслідків юридичній особі)* **314**

6. Злочини у сфері господарської діяльності

6.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів» від 12 квітня 1996 року № 6 .....**323**

6.2. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» від 3 червня 2005 р. № 8 .....**327**

6.4. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» від 25 квітня 2003 р. № 3 .....**335**

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 15 квітня 2005 р. № 5 .....**343**

6.5. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» від 8 жовтня 2004 р. № 15 .....**350**

6.6. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 2 березня 2012 року № 132-283/0/4-12 щодо застосування «Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 року № 4025-VI .....…**360**

6.7. Аналіз правозастосування судами норм закону про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (деякі проблемні питання (ст. 204 КК) **367**

6.8. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2016 року у справі № 5-205кс16 *(рішення про правильний висновок суду щодо визнання осіб, діяльність яких пов'язана з наданням можливості доступу до азартних ігор, суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203[2] КК*) **387**

6.9. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 року у справі № 5-15к13 *(рішення про неправильне визначення судом предмета злочину, передбаченого ст. 204 КК)* .....…**393**

7. Злочини проти довкілля

7.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» від 10 грудня 2004 р. № 17 .....**399**

8. Злочини проти громадської безпеки

8.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23 грудня 2005 р. № 13 .....**406**

8.2. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 липня 2013 року у справі № 5-24кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію бандитизму)* **414**

8.3. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» від 26 квітня 2002 р. № 3 .....**418**

9. Злочини проти безпеки виробництва

9.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» від 12 червня 2009 року № 7 .....**425**

9.2. Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці **432**

10. Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту

10.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» від 23 грудня 2005 р. № 14 .....**443**

10.2. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2013 року у справі № 5-28кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію дій водія, який порушив пункти 1.5, 2.3, 10.1, 10.4 Правил дорожнього руху, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, за ч. 1 ст. 286 КК)* **452**

10.3. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року у справі № 5-18кс14 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК у разі ДТП за участю декількох водіїв)* **455**

10.4. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 листопада 2015 року у справі № 5-218кс15 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК у разі ДТП за участю декількох водіїв)* **459**

10.5. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 червня 2015 року у справі № 5-48кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 2 ст. 286 КК через порушення ним підпункту «б» пункту 2.3, пункту 12.3 Правил дорожнього руху, що спричинило пішоходу, який перетинав проїзну частину вулиці у невстановленому для руху пішоходів місці, тяжкі тілесні ушкодження)* **466**

10.6. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-41кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК через порушення ним підпункту «б» пункту 2.3, пункту 13.1 Правил дорожнього руху, що спричинило потерпілим середньої тяжкості тілесне ушкодження)* **469**

10.7. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-271кс15 *(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК через порушення ним підпункту 1.5, 2.3 (б), 10.1, 11.1, 11.3, 12.3 Правил дорожнього руху України, що спричинило потерпілим легкі та середнього ступеня тяжкості тілесні ушкодження)* **476**

10.8. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 березня 2014 року у справі № 5-1кс14 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій водія, який порушуючи Правила дорожнього руху, вчинив наїзд на пішохода і залишив його в небезпеці)* **483**

10.9. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-365с15 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як шахрайства, що полягали у незаконному заволодінні транспортним засобом, вчиненим шляхом обману та зловживання довірою)*...**488**

11. Злочини проти громадського порядку та моральності

11.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хуліганство» від 22 грудня 2006 р. № 10 .....**492**

11.2. Розгляд судами кримінальних справ про хуліганство **497**

11.3. Постанова Верховного Суду України від 27 квітня 2015 року у справі № 5-7кс15 *(рішення про встановлення нормативних ознак дрібного хуліганства)* **509**

11.4. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 30 січня 2013 року № 223-192/0/4-13 «Про практику застосування судами при розгляді справ окремих норм матеріального права щодо кваліфікації хуліганства» **514**

11.5. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 жовтня 2012 року у справі № 5-17кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію хуліганства в аспекті розмежування його із злочинами проти здоров'я особи)* **518**

11.6. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 лютого 2015 року у справі № 5-41кс14 *(рішення про правильний висновок суду щодо відсутності у діях особи складу хуліганства)* **525**

11.7. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» від 27 лютого 2004 р. № 2 .....**530**

12. Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення

12.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» від 26 квітня 2002 року № 4 ..... **537**

12.2. Практика розгляду судами справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів **549**

12.3. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 19 грудня 2011 року «Щодо змін до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів»..... **543**

12.4. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-30кс12 *(рішення про неправильну кваліфікацію послідовного вчинення альтернативних діянь, передбачених ст. 307 КК)* **567**

12.5. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 липня 2013 року у справі № 5-21кс13 *(рішення про неправильну*

кваліфікацію послідовного вчинення альтернативних діянь, передбачених ст. 307 КК.....**571**

13. Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів

13.1. Постанова Пленуму Верховного Суду «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів» від 26 червня 1992 року № 8 .....**575**

13.2. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 квітня 2013 року у справі № 5-4кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію самовільного присвоєння владних повноважень)* **584**

13.3. Постанова Верховного Суду України від 6 лютого 2012 року у справі № 5-29кс11 *(рішення про правильну кваліфікацію самоправства)* **587**

13.4. Постанова Верховного Суду України від 20 червня 2011 року у справі № 5-8к11 *(рішення про правильний висновок суду: незаконне заволодіння платіжними картками не утворює складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 КК*) **590**

14. Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку

14.1. Судова практика розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку **598**

15. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

15.1. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26 грудня 2003 р. № 15 .....**608**

15.2. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5 .....**613**

15.3. Судова практика розгляду справ про корупційні правопорушення **621**

15.4. Судова практика розгляду кримінальних справ про службові злочини з ознаками корупційних діянь (статті 364, 365 та 368 Кримінального кодексу України), а також справ про адміністративну відповідальність за порушення вимог Закону від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією» **622**

15.5. Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення) **648**

15.6. Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 368 Кримінального кодексу України (одержання хабара) **670**

15.7. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 року у справі № 5-99кс16 *(рішення щодо визначення наслідків у вигляді істотної шкоди або тяжких наслідків, передбачених статтями 364, 364-1, 365, 365-2, 367 КК)* **683**

15.8. Постанова Верховного Суду України від 12 грудня 2011 року у справі № 5-26кс11 *(рішення про правильне визнання працівника органів прокуратури суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364 КК)* **698**

15.9. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 1 березня 2012 року у справі № 5-2кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію дій хабарника, який в інтересах хабародавця виконує певні незаконні дії, що самі по собі є злочинними, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 368, 364 КК)* **708**

15.10. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 жовтня 2012 року у справі № 5-19кс12 *(рішення про правильну кваліфікацію дій хабарника, який в інтересах хабародавця виконує певні незаконні дії, що самі по собі є злочинними, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 368, 364 КК)* **711**

15.11. Постанова Верховного Суду України від 14 квітня 2014 року у справі № 5-7кс14 *(рішення про неправильний висновок суду щодо наявності в діях особи складу перевищення влади або службових повноважень)* **719**

15.12. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-10кс13 *(рішення про правильне визначення судом критеріїв (ознак) визнання офіційними окремих документів, а також способів підроблення, які пов'язані зі зловживанням довірою іншої службової особи)* **727**

15.13. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 липня 2015 року у справі № 5-50кс15 *(рішення про правильне встановлення судом ознак офіційного документа як предмета злочину, передбаченого ст. 366 КК)* **731**

15.14. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 травня 2013 року у справі № 5-17кс13 *(рішення щодо правильності визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 366 КК України, службової особи юридичної особи приватного права)* **737**

15.15. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 жовтня 2013 року у справі № 5-38кс13 *(рішення про правильну кваліфікацію службового підроблення як одиничного злочину)* **742**

15.16. Постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року у справі № 5-18кс11 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом ухилення від сплати податків у особливо великих розмірах)* **747**

15.17. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-31к12 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом заволодіння чужим майном, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим у великих розмірах)*.....**752**

15.18. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 червня 2013 року у справі № 5-18кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом заволодіння чужим майном, шляхом зловживання*

службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим у особливо великих розмірах)......**755**

15.19. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 березня 2013 року у справі № 5-2кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання повноваженнями службової особи юридичної особи приватного права з метою отримання неправомірної вигоди, що спричинило тяжкі наслідки)* **761**

15.20. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 червня 2013 року у справі № 5-20кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами, що спричинило тяжкі наслідки)* **767**

15.21. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 жовтня 2013 року у справі № 5-27кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання повноваженнями службової особи, що спричинило тяжкі наслідки)* **772**

15.22. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-37кс14 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання службовою особою владою і службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки)* **776**

15.23. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 травня 2012 року у справі № 5-11кс12 *(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, старшого контролера-ревізора)* **784**

15.24. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 року у справі № 5-28кс13 *(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, начальника юридичного відділу апарату районної державної адміністрації, а також правильного розуміння відмінностей між одержанням хабара та заволодінням чужим майном у шахрайський спосіб)* **786**

15.25. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 жовтня 2015 року у справі № 5-109кс15 *(рішення про неправильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, головного спеціаліста з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче)* **793**

15.26. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 травня 2016 року у справі № 5-72кс15(16) (*рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, інспектора відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Держгірпромнагляду)* **798**

15.27. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-5к13 (*рішення про правильний*

висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, голови апеляційного адміністративного суду, який за своїм службовим становищем може впливати на прийняття рішень судовими інстанціями, що ухвалювалися колегіально під час розгляду адміністративних справ) **804**

15.28. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 листопада 2014 року у справі № 5-20кс14 *(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, голови міської ради, який використовуючи своє службове становище може впливати на вирішення питання про передачу іншій особі у власність нежитлового приміщення, що утримується на балансі міської ради)* **809**

15.29. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 жовтня 2012 року у справі № 5-14кс12 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне кримінальної відповідальності за вчинений злочин)* **813**

15.30. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 23 травня 2013 року у справі № 5-13кс13 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб уникне можливих негативних юридичних наслідків з боку органів митної служби)* **817**

15.31. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 травня 2013 року у справі № 5-14кс13 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно отримає у приватну власність земельну ділянку)* **822**

15.32. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 грудня 2013 року у справі № 5-47кс13 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне застосування щодо неї процедури кримінального провадження)* **828**

15.33. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 грудня 2013 року у справі № 5-43кс13 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне адміністративної відповідальності за правопорушення)* **834**

15.34. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 травня 2015 року у справі № 5-14кс15 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне уникнути негативних наслідків – перевірки та проведення експертизи)*.....**838**

15.35. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-124кс15 *(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне «обійти» закон і домогтися свого незаконного інтересу)* **844**

15.36. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 червня 2014 року у справі № 5-19кс14 *(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар судді, усвідомлює, що у такий спосіб прагне захистити свої законні права та інтереси)* **853**

15.37. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 листопада 2016 року у справі № 463/4573/13-к *(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне захистити свої законні права та інтереси)* **858**

15.38. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року у справі № 5-28кс14 *(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб», а також про правильне розуміння відмінностей між одержанням хабара та заволодінням чужим майном у шахрайський спосіб)*....**866**

15.39. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 листопада 2013 року у справі № 5-29кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій як незаконного збагачення в аспекті розмежування його з одержанням службовою особою неправомірної вигоди)* **873**

15.40. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2015 року у справі № 5-5кс15 (*рішення про правильну кваліфікацію дій як одержання службовою особою неправомірної вигоди в аспекті розмежування його з незаконним збагаченням)* **878**

15.41. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 листопада 2013 року у справі № 5-42кс13 *(рішення про неправильний висновок суду щодо кваліфікації дій службової особи юридичної особи приватного права за ст. 368 КК)* **883**

15.42. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 червня 2013 року у справі № 5-11кс13 *(рішення про неправильну кваліфікацію дій службової особи юридичної особи приватного права за ч. 2 ст. 368[3] КК)* **890**

16. Злочини проти правосуддя

16.1. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 жовтня 2013 року у справі № 5-34кс13 (*рішення про неправильну кваліфікацію дій службової особи, яка посягає на правовідносини у сфері правосуддя, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 374, 364 КК*) **896**

16.2. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року у справі № 5-24кс14 (*рішення про правильну кваліфікацію постановлення суддею завідомо неправосудного рішення)* **902**

16.3. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 квітня 2012 року у справі № 5-1кс12 (*рішення про неправильну кваліфікацію дій як ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, ухилення засудженим від відбування виправних робіт, призначених постановою суду в порядку ст. 82 КК*) **908**

Вступне слово

Загальновідомо, що якість розгляду українськими судами кримінальних справ наразі залишає бажати кращого. Щороку питома вага осіб, щодо яких скасовуються або змінюються судові рішення у кримінальних справах в апеляційному, касаційному порядку, Верховним Судом України (від кількості осіб, стосовно яких постановлені вироки місцевими судами), становить приблизно 10 %[1]. І це не просто цифри. За ними залишається непоміченою людська доля багатьох тисяч наших співвітчизників, яку «потріпали» незаконні судові рішення. Підставою для скасування (зміни) таких судових рішень нерідко є неправильне застосування судами закону України про кримінальну відповідальність.

З метою забезпечення однакового застосування законодавства та покращення якості розгляду судами кримінальних справ Верховний Суд України, зокрема, приймав постанови Пленуму, здійснював узагальнення судової практики, а тепер формує правові позиції щодо правильного застосування норм кримінального права. Зазначену діяльність у сфері правосуддя важко переоцінити, оскільки в цих документах відображено не лише багаторічний досвід правозастосування кримінально-правових норм, а й прогресивні, апробовані судовою практикою наукові положення. Опанування змістом цих унікальних правових позицій є необхідним для розуміння і тлумачення законів про кримінальну відповідальність, їх правильного застосування у справах кримінальної юрисдикції. У них містяться відповіді на складні питання щодо правил кваліфікації окремих злочинів, вирішуються спірні випадки застосування норм інститутів Загальної та Особливої частин кримінального права.

Постанови Пленуму та узагальнення судової практики мають рекомендаційний характер. Водночас висновки Верховного Суду України щодо застосування норми права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду справ з підстав, передбачених пунктами 1 і 2 частини першої статті 445 КПК, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму права, та для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із судовим рішенням Верховного Суду України. Щоправда, суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, одночасно навівши відповідні мотиви (ч. 1 ст. 458 КПК). Загалом від часу набуття у 2010 р. нових повноважень, станом на 1 вересня 2017 року, Верховним Судом України було постановлено (ухвалено) 240 рішень у справах кримінальної юрисдикції.

Варто зазначити, що постанови Пленуму, узагальнення судової практики, правові висновки Верховного Суду України зазвичай видаються окремими збірниками. Це значною мірою ускладнює пошук необхідних документів з відповідної проблематики, а також їх комплексну та системну оцінку, що, на

[1] Стан здійснення судочинства в Україні у 2016 році. – К.: Верховний Суд України / № 19-7/ст 23.02.2016 р. – С. 2.

жаль, не сприяє правильному застосуванню норм кримінального права. Саме це і стало визначальним для узагальнення і систематизованого видання зазначених документів в одному збірнику.

Збірник містить 33 постанови Пленуму Верховного Суду України, що прийняті упродовж 1973–2010 років, 21 узагальнення судової практики застосування положень кримінального законодавства. Особливу цінність становлять розміщені у виданні витяги із 152 рішень (правові позиції) Верховного Суду України та Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, постановлені (ухвалені) протягом 2011–2017 років за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень[1].

Для зручності використання збірник укладено у двох частинах – за системою Кримінального кодексу України (Загальна частина та Особлива частина). Кожна з них містить розділи, аналогічні структурі відповідної частини Кримінального кодексу України.

Як правило, кожен розділ збірника починається із відповідної постанови Пленуму Верховного Суду України та матеріалів узагальнення судової практики з питань застосування кримінально-правових норм, у яких викладено правові позиції Верховного Суду України щодо правильного застосування певних положень Кримінального кодексу України.

Після цих документів розміщені витяги з постанов Верховного Суду України, а також постанов (ухвал) Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень, в яких сформовані правові висновки Верховного Суду України щодо правильного застосування положень Кримінального кодексу України. Вважаємо, що ознайомлення з текстами цих документів дасть змогу, окрім іншого, краще зрозуміти причини, з яких подавалися заяви про перегляд судових рішень, а також підстави прийняття Верховним Судом України відповідних постанов (ухвал)[2]. Такий підхід до викладення матеріалу дозволяє також ознайомитися зі змістом судових рішень суду касаційної інстанції та судів нижчого рівня, правові позиції яких не завжди були вірними, що призводило до неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Витягам із постанов Верховного Суду України та постанов (ухвал) Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень, передує коротка сигнальна інформація, що розкриває суть відповідного судового рішення.

[1] Джерелом інформації є офіційні веб-сайти Верховної Ради України, Державної судової адміністрації України, Верховного Суду України.

[2] А. А. Музика брав активну участь у підготовці наукових висновків щодо відповідних судових рішень як член Науково-консультативної ради при Верховному Суді України (2011–2016 роки); як науковець долучався до цієї роботи і О. П. Горох.

Також авторами видання стисло сформульовано основний зміст правового висновку Верховного Суду України щодо застосування певної норми права. В окремих випадках, для полегшення сприйняття інформації, літерно-цифрові позначення «Особа 1», «Особа 2», «Особа 3» тощо замінені словами «винуватий» та «потерпілий». Використані фрагменти деяких документів у редакції Верховного Суду України інколи потребували незначних коректив, зумовлених вадами логіко-граматичного характеру чи хибним застосуванням окремих термінів[1]. Нерідко, на жаль, автори вимушені були вдаватися до корегування текстів також через використання в судових рішеннях слів чи зворотів, якими не послуговуються понятійний апарат кримінального права і кримінально-правова термінологія[2].

Сподіваємося, що цей збірник стане в нагоді суддям, прокурорам, слідчим, працівникам правоохоронних органів, адвокатам, науковцям, викладачам, аспірантам (ад'юнктам), магістрам і студентам вищих навчальних закладів юридичного профілю, а також всім тим, хто цікавиться проблемами кримінального права.

Доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії
правових наук України,
член Науково-консультативної ради
при Верховному Суді України (2011–2016 рр.) А. Музика

Кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія», адвокат О. Горох

---

[1] Виявлено граматичні помилки, нелогічні або такі, що суперечать кримінальному закону, положення: «механізм їх спричинення, знаряддя злочину, збігаються з ознаками складу злочину», «за ухилення від відбування виправних робіт, призначених йому в порядку заміни на більш м'яке іншого покарання, до якого його було засуджено», «платіжні картки як платіжні інструменти засоби доступу до банківських рахунків», «відповідальність за хабарництво (абзац другий частини першої статті 368 КК)», «визнає свою провину», «обертання майна у свою власність», «здобуття іншої вигоди».

[2] Словосполучення «однорідні рівноправні види покарань», «більш тяжкий вид основного покарання», «кримінально-правове діяння», «розтрата чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем», «дії винної особи, яка вчиняє шляхом зловживання службовим становищем розкрадання чужого майна у формі його розтрати» кримінальним законодавством не передбачені і в літературі з кримінального права не вживаються.

Не узгоджується з конституційними нормами і кримінальним законом такий фрагмент судового рішення: «Відповідно до положень статті 62 Конституції України при застосуванні норм кримінального закону з однорідними рівноправними видами покарань, суд мав тлумачити сумнів щодо можливості призначення додаткового покарання на користь особи засудженої». Наведене свідчить про некоректне розуміння його авторами (суддями) принципу презумпції невинуватості.

1. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖИТТЯ ОСОБИ

Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 7 лютого 2003 р. № 2

Відповідно до статей 3 і 27 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Право на життя є невід'ємним правом людини. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя.

Суди України в цілому додержують вимог законодавства, яке регулює відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи. Разом з тим є випадки, коли під час судового розгляду справ цієї категорії допускаються порушення як матеріального, так і процесуального закону.

З метою забезпечення правильного й однакового застосування законодавства при розгляді справ про злочини проти життя та здоров'я особи Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на необхідність суворого додержання вимог законодавства, що передбачає відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи.

Однією з важливих гарантій здійснення проголошеного статтями 3 і 27 Конституції права людини на життя і здоров'я є беззастережне виконання судами вимог кримінально-процесуального закону щодо забезпечення прав потерпілих від зазначених злочинів.

У справах про злочини даного виду суди зобов'язані як установлювати вину підсудних та призначати їм необхідне й достатнє для їх виправлення та попередження нових злочинів покарання, так і вживати всіх необхідних заходів до повного відшкодування заподіяної потерпілим матеріальної та моральної шкоди.

2. При призначенні покарання відповідно до статей 65—69 Кримінального кодексу України (далі — КК) суди мають ураховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, сукупність усіх обставин, що його характеризують (форма вини, мотив, спосіб, характер вчиненого діяння, ступінь здійснення злочинного наміру, тяжкість наслідків тощо), особу винного й обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Відповідно до ч. 1 ст. 64 КК довічне позбавлення волі призначається лише у випадках, спеціально передбачених цим Кодексом, і за умови, що суд не вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк. Призначення цього покарання повинне мотивуватись у вироку з обов'язковим наведенням обставин, які, на думку суду, перешкоджають застосуванню позбавлення волі на певний строк. Якщо винуватими у вчиненні злочину визнано кількох осіб,

яким призначається довічне позбавлення волі, у вироку мають бути окремо наведені відповідні мотиви щодо кожної з них.

3. У разі, коли до кримінальної відповідальності притягнуто кількох осіб, які діяли спільно з умислом, спрямованим на позбавлення життя потерпілого чи заподіяння шкоди його здоров'ю, належить з'ясовувати і зазначати у вироку характер їхніх дій, ступінь участі у вчиненні злочину кожної з них. Дії осіб, які безпосередньо брали участь у позбавленні життя потерпілого або заподіянні шкоди його здоров'ю, потрібно кваліфікувати за статтями КК, що передбачають відповідальність за умисне вбивство чи умисне заподіяння шкоди здоров'ю, а дії організаторів, підбурювачів і пособників, які не були співвиконавцями злочинів, — за тими ж статтями з посиланням на відповідну частину ст. 27 КК.

При ексцесі виконавця, тобто коли один із співучасників вийшов за межі домовленості щодо обсягу злочинних дій і вчинив більш тяжкий або інший злочин (наприклад, при домовленості заподіяти потерпілому тілесні ушкодження позбавив його життя), за цей злочин повинен відповідати лише його виконавець, а інші особи — за злочини, вчинені ними в межах домовленості.

4. Особа, яка добровільно відмовилась від убивства потерпілого або заподіяння шкоди його здоров'ю, підлягає кримінальній відповідальності лише за умови, що фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину. У цьому разі інші співучасники злочину відповідно до ч. 1 ст. 31 КК несуть відповідальність за готування до того злочину або замах на той злочин, від вчинення якого добровільно відмовився виконавець.

Якщо ж відмова мала місце вже після вчинення дій, які особа вважала за необхідне виконати для доведення злочину до кінця, але його не було закінчено з причин, що не залежали від її волі, діяння належить кваліфікувати відповідно до ч. 2 ст. 15 КК як закінчений замах на злочин, який особа бажала вчинити. При цьому треба мати на увазі, що замах на злочин може бути вчинено лише з прямим умислом (коли особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання).

5. Умисне позбавлення життя двох або більше осіб кваліфікується за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК за умови, що їх убивство охоплювалось єдиним умислом винного. Для такої кваліфікації не має значення, яким мотивом керувався винний і чи був він однаковим при позбавленні життя кожного з потерпілих. Якщо ці мотиви передбачені як кваліфікуючі ознаки, дії винного додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами ч. 2 ст. 115 КК.

Наявність розриву в часі при реалізації єдиного умислу на вбивство двох або більше осіб значення для кваліфікації злочину за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК не має.

6. Під убивством малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК) розуміється умисне позбавлення життя особи, якій не виповнилося 14 років. Ця кваліфікуюча ознака наявна тоді, коли винний достовірно знав, що потерпілий є малолітнім, або припускав це, або за обставинами справи повинен був і міг це усвідомлювати.

Умисне вбивство жінки, яка перебувала у стані вагітності, за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК кваліфікується за умови, що винний завідомо знав про такий стан потерпілої.

7. Відповідальність за умисне вбивство заручника (п. 3 ч. 2 ст. 115 КК) настає за умови, що потерпілий був заручником (тобто особою, яка була захоплена чи трималася з метою спонукати її родичів, державну або іншу установу, підприємство чи організацію, фізичну або службову особу до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення) і винна особа це усвідомлювала.

Дії кваліфікуються як умисне вбивство заручника незалежно від того, чи була винна особа причетною до вчинення злочину, передбаченого ст. 147 КК. Разом з тим мотив такого вбивства повинен мати зв'язок із даним злочином (це можуть бути бажання спонукати зазначених у ст. 147 КК осіб, установу, підприємство, організацію до вчинення чи утримання від вчинення певних дій, помста за невиконання висунутих вимог, прагнення приховати захоплення чи тримання заручника або інший злочин, вчинений під час їх здійснення, тощо).

Дії особи, яка вчинила злочин, передбачений ст. 147 КК, і умисно вбила заручника, мають кваліфікуватися за ч. 2 цієї статті за ознакою спричинення тяжких наслідків і за п. 3 ч. 2 ст. 115 КК.

8. Умисне вбивство визнається вчиненим з особливою жорстокістю (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК), якщо винний, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих фізичних (шляхом заподіяння великої кількості тілесних ушкоджень, тортур, мордування, мучення, в тому числі з використанням вогню, струму, кислоти, лугу, радіоактивних речовин, отрути, яка завдає нестерпного болю, тощо), психічних чи моральних (шляхом зганьблення честі, приниження гідності, заподіяння тяжких душевних переживань, глумління тощо) страждань, а також якщо воно було поєднане із глумлінням над трупом або вчинювалося в присутності близьких потерпілому осіб і винний усвідомлював, що такими діями завдає останнім особливих психічних чи моральних страждань.

Не можна кваліфікувати умисне вбивство за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК на тій підставі, що винна особа в подальшому з метою приховання цього злочину знищила або розчленувала труп.

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 злочинця (ст. 118 КК), кваліфікується тільки за цими статтями КК, навіть якщо воно й мало ознаки особливої жорстокості.

9. Як учинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК), умисне вбивство кваліфікується за умови, що винний, здійснюючи умисел на позбавлення життя певної особи, усвідомлював, що застосовує такий спосіб убивства, який є небезпечним для життя не тільки цієї особи, а й інших людей. При цьому небезпека для життя інших людей має бути реальною.

У разі, коли винний, позбавляючи життя певну особу, помилково вважав, що робить це таким способом, який є небезпечним для життя потерпілого та

інших людей, в той час як той фактично небезпечним не був, вчинене належить кваліфікувати як замах на вчинення злочину, передбаченого п. 5 ч. 2 ст. 115 КК.

Якщо при умисному вбивстві, вчиненому небезпечним для життя багатьох осіб способом, позбавлено життя й іншу особу (інших осіб), злочин кваліфікується за пунктами 1 і 5 ч. 2 ст. 115 КК, а якщо заподіяно шкоду її (їх) здоров'ю, — за п. 5 ч. 2 ст. 115 КК та відповідними статтями цього Кодексу, що передбачають відповідальність за умисне заподіяння тілесних ушкоджень.

10. За п. 6 ч. 2 ст. 115 КК як учинене з корисливих мотивів умисне вбивство кваліфікується в разі, коли винний, позбавляючи життя потерпілого, бажав одержати у зв'язку з цим матеріальні блага для себе або інших осіб (заволодіти грошима, коштовностями, цінними паперами, майном тощо), одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків (одержати спадщину, позбавитися боргу, звільнитися від платежу тощо) або досягти іншої матеріальної вигоди. При цьому не має значення, чи одержав винний ту вигоду, яку бажав одержати внаслідок убивства, а також коли виник корисливий мотив — до початку чи під час вчинення цього злочину.

Як учинене з корисливих мотивів слід кваліфікувати й умисне вбивство з метою подальшого використання органів чи тканин людини в певних корисливих цілях (для трансплантації, незаконної торгівлі тощо).

У разі вчинення умисного вбивства під час розбійного нападу, вимагання, незаконного заволодіння транспортним засобом дії винного кваліфікуються за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК і статтею, якою передбачено відповідальність за злочинне заволодіння майном (ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 3 ст. 262, ч. 3 ст. 308, ч. 3 ст. 312, ч. 3 ст. 313, ч. 3 ст. 289 КК).

Якщо умисел на заволодіння майном виник у винного після вбивства, вчиненого з інших мотивів, кваліфікація його дій за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК виключається.

11. Як умисне вбивство з хуліганських мотивів за п. 7 ч. 2 ст. 115 КК дії винного кваліфікуються, коли він позбавляє іншу особу життя внаслідок явної неповаги до суспільства, нехтування загальнолюдськими правилами співжиття і нормами моралі, а так само без будь-якої причини чи з використанням малозначного приводу.

Якщо крім убивства з хуліганських мотивів винний вчинив ще й інші хуліганські дії, що супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, вчинене кваліфікується за п. 7 ч. 2 ст. 115 і за відповідною частиною ст. 296 КК.

Не можна кваліфікувати як вчинене з хуліганських мотивів умисне вбивство під час сварки чи бійки, яку розпочав сам потерпілий, а так само з ревнощів, помсти чи з інших мотивів, що виникли на грунті особистих стосунків, навіть якщо при цьому було порушено громадський порядок.

12. Відповідальність за п. 8 ч. 2 ст. 115 КК за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку настає, якщо злочин вчинено з метою не допустити чи перепинити правомірну діяльність потерпілого у зв'язку з виконанням ним

зазначеного обов'язку, змінити характер останньої, а так само з мотивів помсти за неї незалежно від часу, що минув з моменту виконання потерпілим своїх обов'язків до вбивства.

Виконання службового обов'язку — це діяльність особи, яка входить до кола її повноважень, а громадського обов'язку — здійснення спеціально покладених на особу громадських повноважень чи вчинення інших дій в інтересах суспільства або окремих громадян (наприклад, перепинення правопорушення, повідомлення органів влади про злочин або про готування до нього).

Близькі родичі в розумінні п. 8 ч. 2 ст. 115 КК — це батьки, один із подружжя, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки (п. 11 ст. 32 Кримінально-процесуального кодексу України; далі — КПК).

Хуліганство й наступне вбивство особи, яка перепиняла ці дії, належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 296 і п. 8 ч. 2 ст. 115 КК.

Умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів, захисника чи представника особи або їх близьких родичів, начальника військової служби чи іншої особи, яка виконує обов'язки з військової служби, представника іноземної держави або іншої особи, яка має міжнародний захист, за наявності відповідних підстав належить кваліфікувати тільки за статтями 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК. Разом з тим, коли умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, дії винної особи додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами цієї статті.

13. За п. 9 ч. 2 ст. 115 КК настає відповідальність за умисне вбивство з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення.

Для кваліфікації умисного вбивства як такого, що вчинене з метою приховати інший злочин, не має значення, чи був винний причетним до злочину, який приховується. Якщо він вчинив умисне вбивство з метою приховати раніше вчинений ним злочин, його дії кваліфікуються за тією статтею КК, якою передбачено відповідальність за приховуваний злочин, та за п. 9ч. 2 ст. 115 КК.

Дії винного, який вчинив умисне вбивство з метою приховати злочин іншої особи, додатково кваліфікувати ще й за ст. 396 КК не потрібно. Якщо вбивство з метою приховання злочину, вчиненого іншою особою, було заздалегідь обіцяне, відповідальність настає за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК і за пособництво в тому злочині, який приховувався.

Дії винного кваліфікуються як умисне вбивство з метою полегшити вчинення іншого злочину незалежно від того, був цей злочин вчинений чи ні.

14. Умисне вбивство тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, якщо воно було поєднане зі згвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом, тобто мало місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після нього. При

цьому злочинні дії кваліфікуються і за ч. 4 ст. 152 чи ч. 3 ст. 153 КК або ще й за відповідною частиною ст. 15 КК.

Умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть із трупом також тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК.

У випадках, коли особу було умисно вбито через певний час після її згвалтування чи насильницького задоволення з нею статевої пристрасті неприродним способом з метою їх приховання, дії винного кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 152 або ст. 153 та п. 9 ч. 2 ст. 115 КК.

15. Умисне вбивство, вчинене на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115 КК), — це умисне позбавлення життя потерпілого, здійснене особою (виконавцем) за дорученням іншої особи (замовника). Таке доручення може мати форму наказу, розпорядження, а також угоди, відповідно до якої виконавець зобов'язується позбавити потерпілого життя, а замовник — вчинити в інтересах виконавця певні дії матеріального чи нематеріального характеру або ж не вчинювати їх.

Якщо замовлення умисного вбивства мало форму угоди, відповідальність за п. 11 ч. 2 ст. 115 КК настає незалежно від того, коли були вчинені обіцяні виконавцеві дії — до чи після вбивства, виконав чи не виконав замовник свою обіцянку, збирався він це робити чи ні.

До дій матеріального характеру, зокрема, належать сплата виконавцеві винагороди за вчинення вбивства, передача чи збереження прав на майно, звільнення від майнових зобов'язань тощо. Під діями нематеріального характеру розуміються будь-які дії, вчинення чи невчинення яких безпосередньо не пов'язане з матеріальними інтересами виконавця вбивства.

У випадках, коли умисне вбивство на замовлення вчинюється з метою одержання від замовника грошей, матеріальних цінностей чи інших вигод матеріального характеру (тобто з корисливих мотивів), дії виконавця кваліфікуються за пунктами 6 і 11 ч. 2 ст. 115 КК.

Замовник умисного вбивства залежно від конкретних обставин справи повинен визнаватись або підбурювачем, або організатором злочину (якщо тільки він не є його співвиконавцем). Його дії належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 27, п. 11 ч. 2 ст. 115 КК, а за наявності до того підстав — і за іншими пунктами цієї статті (наприклад, за п. 6 — якщо виконавець позбавив особу життя з метою одержання вигод матеріального характеру, за п. 12 — коли вбивство було замовлено групі осіб). Дії замовника умисного вбивства, який одночасно був і співвиконавцем цього злочину, кваліфікуються за пунктами 11 і 12 ч. 2 ст. 115 КК як умисне вбивство, вчинене на замовлення за попередньою змовою групою осіб, а за наявності до того підстав — і за іншими пунктами цієї статті.

Якщо замовник, який не є співвиконавцем убивства, керувався корисливими, а виконавець — іншими мотивами, дії замовника кваліфікуються за відповідною частиною ст. 27, пунктами 6 і 11 ч. 2 ст. 115 КК.

Відповідальність за п. 11 ч. 2 ст. 115 КК настає лише у випадках, коли замовляється саме умисне вбивство особи, а не якийсь інший насильницький злочин щодо неї. Якщо замовник доручив заподіяти потерпілому тілесні

ушкодження, а виконавець умисно вбив його, замовник несе відповідальність за співучасть у тому злочині, який він організував чи до вчинення якого схилив виконавця, а останній — за той злочин, який він фактично вчинив.

У разі, коли виконавець погодився позбавити потерпілого життя, але з причин, що не залежали від його волі, умисел на вбивство до кінця не довів, дії замовника залежно від конкретних обставин справи кваліфікуються як співучасть у готуванні до умисного вбивства на замовлення чи в замаху на вчинення цього злочину.

16. Вчиненим за попередньою змовою групою осіб (п. 12 ч. 2 ст. 115 КК) умисне вбивство вважається тоді, коли в позбавленні потерпілого життя брали участь декілька осіб (дві і більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його виконання.

За цей злочин несуть відповідальність і ті особи, котрі хоча й не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому, але, будучи об'єднаними з іншими співвиконавцями вбивства єдиним умислом, спрямованим на позбавлення потерпілого життя, виконали хоча б частину того обсягу дій, який група вважала необхідним для реалізації цього умислу. З урахуванням конкретних обставин справи та змісту спільного умислу осіб, що вчинюють убивство за попередньою змовою, до таких дій належать: застосування на початку нападу насильства щодо потерпілого з метою приведення його у безпорадний стан з тим, щоб інший співучасник, скориставшись таким станом, заподіяв потерпілому смерть; подолання опору потерпілого з метою полегшити заподіяння йому смерті іншим співучасником; усунення певних перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це; надання особі, яка згідно з домовленістю заподіює смерть потерпілому, конкретної допомоги під час учинення вбивства (у вигляді порад, передачі зброї тощо); ведення спостереження за потерпілим, іншими особами чи обстановкою безпосередньо перед убивством або під час його вчинення з метою забезпечити реалізацію спільного умислу тощо.

Якщо учасники групи діяли узгоджено щодо декількох осіб, хоча кожен із них позбавив життя одного потерпілого, дії кожного зі співучасників розглядаються як умисне вбивство двох або більше осіб, вчинене за попередньою змовою, і кваліфікуються за пунктами 1 і 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Умисне вбивство, вчинене організованою групою, також кваліфікується за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК. У разі, коли група осіб, яка вчинила за попередньою змовою умисне вбивство, являла собою злочинну організацію, озброєну банду, терористичну групу чи терористичну організацію, не передбачене законом воєнізоване або збройне формування, організовану групу, створену з метою тероризування у виправних установах засуджених чи нападу на адміністрацію цих установ, відповідальність учасників групи настає за п. 12 ч. 2 ст. 115 та відповідно за ч. 1 ст. 255, ст. 257, ч. 3 або ч. 4 ст. 258, ч. 5 ст. 260, ст. 392 КК.

17. За п. 13 ч. 2 ст. 115 КК кваліфікуються дії особи, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком убивства, передбаченого статтями 116—118 цього Кодексу. Відповідальність за повторне умисне вбивство настає незалежно

від того, чи була винна особа раніше засуджена за перший злочин, вчинила вона закінчене вбивство чи готування до нього або замах на нього, була вона виконавцем чи іншим співучасником злочину.

Якщо винний не був засуджений за раніше вчинене вбивство чи готування до нього або замах на нього, ці його дії підлягають самостійній кваліфікації, а повторно вчинене вбивство кваліфікується за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК. Окремо кваліфікуються діяння й у випадках, коли спочатку було вчинено закінчене умисне вбивство, а потім — готування до такого ж злочину чи замах на нього.

При вчиненні декількох умисних убивств за обтяжуючих обставин, передбачених різними пунктами ч. 2 ст. 115 КК, дії винного кваліфікуються за цими пунктами та за п. 13 ч. 2 зазначеної статті з урахуванням повторності.

Вбивство не може кваліфікуватися за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК, коли судимість за раніше вчинене вбивство знята чи погашена в установленому законом порядку, коли на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення до відповідальності за перший злочин, а у випадку, передбаченому ч. 4 ст. 49 КК, — коли особа була звільнена судом від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Під раніше вчиненим умисним вбивством розуміються не тільки вбивства, кваліфіковані за ст. 115 КК 2001 р. чи статтями 94 і 93 КК 1960 р., а й убивства, відповідальність за які передбачена іншими статтями КК (статті 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК 2001 р. чи відповідні статті КК 1960 р.).

Судам слід мати на увазі, що при співучасті в убивстві така кваліфікуюча ознака цього злочину, як вчинення його особою, що раніше вчинила умисне вбивство, повинна враховуватися при кваліфікації дій тільки тих співучасників, яких ця ознака стосується.

18. При засудженні особи за декількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК покарання за кожним пунктом цієї статті окремо не призначається. Проте при його призначенні необхідно враховувати наявність у діях винного декількох кваліфікуючих ознак умисного вбивства як обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчиненого злочину.

19. У випадках, коли винна особа, вчинюючи умисне вбивство, керувалась не одним, а декількома мотивами, судам належить з'ясовувати, який із них був домінуючим, і кваліфікувати злочинні дії за тим пунктом ч. 2 ст. 115 КК, яким визначено відповідальність за вчинення вбивства з такого мотиву. Разом з тим в окремих випадках залежно від конкретних обставин справи можлива кваліфікація дій винної особи і за кількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК, якщо буде встановлено, що передбачені ними мотиви (мета) рівною мірою викликали у винного рішучість вчинити вбивство.

20. Умисне вбивство без кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, а також без ознак, передбачених статтями 116—118 КК, зокрема в обопільній сварці чи бійці або з помсти, ревнощів, інших мотивів, викликаних особистими стосунками винного з потерпілим, підлягає кваліфікації за ч. 1 ст. 115 КК.

21. Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини слід кваліфікувати за ст. 117 КК, якщо воно вчинене під час пологів або одразу ж

після них. Вчинення цих дій через деякий час після пологів за відсутності кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, тягне відповідальність за ч. 1 зазначеної статті.

22. Для відмежування умисного вбивства від умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Питання про умисел необхідно вирішувати виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передувала події, їх стосунки. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій: при умисному вбивстві настання смерті охоплюється умислом винного, а в разі заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, ставлення винного до її настання характеризується необережністю.

Якщо винний діяв з умислом на вбивство, тривалість часу, що минув з моменту заподіяння ушкоджень до настання смерті потерпілого, для кваліфікації злочину як умисного вбивства значення не має.

23. Потрібно мати на увазі, що суб'єктивна сторона вбивства або заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, відповідальність за які передбачено статтями 116 і 123 КК, характеризується не лише умислом, а й таким емоційним станом винного, який значною мірою знижував його здатність усвідомлювати свої дії або керувати ними. Необхідною умовою кваліфікації дій винного за зазначеними статтями є сильне душевне хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання чи тяжкої образи з боку потерпілого. Насильство може бути як фізичним (заподіяння тілесних ушкоджень або побоїв, незаконне позбавлення волі тощо), так і психічним (наприклад, погроза завдати фізичної, моральної чи майнової шкоди). До тяжкої образи слід відносити явно непристойну поведінку потерпілого, що особливо принижує гідність чи ганьбить честь винного або близьких йому осіб.

У випадках, коли вбивство вчинено або тяжке тілесне ушкодження заподіяно після того, як стан сильного душевного хвилювання минув, дії винного потрібно кваліфікувати за статтями КК, що передбачають відповідальність за вчинення зазначених злочинів без пом'якшуючих обставин. Неправомірна поведінка потерпілого в такому разі може бути визнана обставиною, що зменшує суспільну небезпечність злочину і пом'якшує покарання винного.

24. Відповідальність за ст. 118 або ст. 124 КК за вбивство чи заподіяння тяжкого тілесного ушкодження в разі перевищення меж необхідної оборони або перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, настає лише за умови, що здійснений винним захист явно не відповідав небезпечності посягання чи обстановці, яка склалася.

25. За заподіяння (умисно або через необережність) середньої тяжкості чи легкого тілесного ушкодження у стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірною поведінкою потерпілого, або в разі перевищення меж необхідної оборони чи перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, кримінальної відповідальності чинним КК не встановлено.

26. У випадках, коли особа, яка позбавила потерпілого життя чи заподіяла йому тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, передбачала можливість настання шкідливих наслідків своїх дій чи бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення (злочинна самовпевненість), або ж не передбачала можливості настання таких наслідків, хоча повинна була й могла їх передбачити (злочинна недбалість), її дії слід розглядати як убивство через необережність чи заподіяння необережного тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження і кваліфікувати відповідно за ст. 119 чи ст. 128 КК.

Не можна, зокрема, розглядати як умисне вбивство випадки, коли смерть потерпілого настала від ушкодження, одержаного при падінні від поштовху чи удару, якщо винний не бажав або свідомо не припускав настання таких наслідків. Такі дії, залежно від змісту суб'єктивної сторони злочину, можуть кваліфікуватись як убивство через необережність чи як умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого.

Якщо при згвалтуванні чи замаху на цей злочин винний заподіяв потерпілій особі смерть через необережність (наприклад, якщо потерпіла вистрибнула з вікна будинку або із транспортного засобу під час руху останнього й одержала смертельні ушкодження), його дії охоплюються ч. 4 ст. 152 КК (як згвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки) і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребують.

Вбивство чи заподіяння тілесних ушкоджень внаслідок злочинної самовпевненості необхідно відмежовувати від учинення цих діянь із непрямим умислом (коли винна особа передбачала і свідомо припускала настання відповідних наслідків, не розраховуючи при цьому на якісь конкретні обставини, які могли б його відвернути), а вбивство чи заподіяння тілесних ушкоджень внаслідок злочинної недбалості — від невинного заподіяння шкоди (коли особа не передбачала настання відповідних наслідків, не повинна була і (або) не могла його передбачати).

27. Звернути увагу судів на те, що відповідно до ст. 76 КПК для встановлення причин смерті, тяжкості й характеру тілесних ушкоджень призначення експертизи є обов'язковим. При цьому слід враховувати, що визначення наявності ознак особливої жорстокості, мучення, мордування, катування, знівечення обличчя є компетенцією суду. Встановлювати ж, чи є знівечення обличчя непоправним, необхідно за допомогою судово-медичної експертизи.

Водночас треба мати на увазі, що висновки судово-медичних експертиз містять лише медичну оцінку наслідків злочинного діяння і саме в такому розумінні вони повинні оцінюватися судами при вирішенні питання про

доведеність винуватості особи у злочині, обставин його вчинення та про його кримінально-правову кваліфікацію.

Для з'ясування, чи вчинено діяння в стані сильного душевного хвилювання, суди мають призначати психолого-психіатричну експертизу.

28. Відповідальність за ч. 1 ст. 120 КК за доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство настає за умови, що потерпілий вчинив відповідні дії внаслідок жорстокого поводження з ним, шантажу, примушування до вчинення протиправних дій або систематичного приниження його людської гідності винним.

Під жорстоким поводженням слід розуміти безжалісні, грубі діяння, які завдають потерпілому фізичних чи психічних страждань (мордування, систематичне заподіяння тілесних ушкоджень чи побоїв, позбавлення їжі, води, одягу, житла тощо). Систематичним приниженням людської гідності є тривале принизливе ставлення до потерпілого (постійні образи, глумління над ним тощо).

29. Вирішуючи цивільний позов у кримінальній справі про відшкодування матеріальної чи моральної шкоди, заподіяної внаслідок смерті, каліцтва або іншого ушкодження здоров'я потерпілого (витрат на лікування, посилене харчування, протезування, сторонній догляд, поховання тощо), суди повинні керуватися відповідним цивільним законодавством і виходити з роз'яснень із цих питань, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» та від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» з наступними змінами.

30. Відповідно до вимог статей 23 і 232 КПК судам необхідно з'ясовувати причини й умови, що сприяли вчиненню вбивств чи заподіянню тілесних ушкоджень, реагувати окремими ухвалами (постановами) на недоліки в запобіганні протиправній поведінці осіб та невжиття передбачених законом заходів за заявами громадян про факти посягання на їх життя та здоров'я.

31. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 1 квітня 1994 р. № 1 «Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини» з наступними змінами.

Судова практика розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення

(Витяг)

У Верховному Суді України проаналізовано судову практику розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення.

Якість судового розгляду справ про особливо тяжкі злочини проти життя та здоров'я людини – у полі зору Верховного Суду України. На тій же нараді Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України обговорила результати аналізу судової практики розгляду кримінальних справ про умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками.

Проведений аналіз судової практики розгляду кримінальних справ про умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками засвідчив, що суди України забезпечують в цілому правильне вирішення справ цієї категорії.

Разом з тим в ході аналізу виявлені недоліки у роботі органів досудового розслідування, які негативно впливають на якісний розгляд судами справ цієї категорії, зокрема пов'язаних із неправильною кваліфікацією дій винних осіб.

У судовій практиці також мали місце випадки неправильного застосування кримінального закону як під час кваліфікації дій засуджених, так і у призначенні їм покарання за вчинення умисного вбивства з кваліфікуючими ознаками.

Так, за відсутності достатніх доказів про наявність умислу саме на вбивство двох або більше осіб помилково кваліфікуються дії обвинувачених або засуджених за пунктом 1 частиною 2 статті 115 КК. Виникають труднощі у відмежуванні умисного вбивства малолітньої дитини (пункт 2 частина 2 статті 115 КК) від умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини (стаття 117 КК).

Аналіз також засвідчив, що характерним недоліком у розгляді справ цієї категорії є застосування закону про більш тяжкий злочин, а саме частини другої статті 115 КК під час кваліфікації дій винного за відсутності для цього належних доказів.

Вивчення судової практики у справах, розглянутих Верховним Судом України, показало, що припускаються помилок під час кваліфікації умисного вбивства, вчиненого способом, небезпечним для життя багатьох осіб (пункт 5 частини 2 статті 115 КК).

Багато питань виникає у суддів під час кваліфікації дій замовника умисного вбивства.

Як показує судова практика, актуальними є питання про докази у кримінальному судочинстві, визнання їх належними та допустимими.

Слід зауважити, що усунення зазначених в аналізі недоліків сприятиме правильному і однаковому застосуванню закону у розгляді справ зазначеної категорії.

Практика розгляду судами справ про умисне вбивство за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 115 КК)[1]

Найбільш небезпечним видом вбивства є умисне вбивство за обтяжуючих обставин, які зазначені в пунктах 1-14 ч. 2 ст. 115 КК. Для кваліфікації умисного вбивства за ч. 2 ст. 115 КК необхідно встановити хоча б одну ознаку, передбачену ч. 2 ст. 115 КК.

Перелік обтяжуючих обставин, зазначених у ч. 2 ст. 115 КК, є вичерпним і поширеному тлумаченню не підлягає. Якщо в діях винної особи таких ознак вбачається декілька, то всі вони мають отримувати самостійну правову оцінку за відповідним пунктом ч. 2 ст. 115 КК.

При засудженні особи за декількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК покарання за кожним пунктом цієї статті окремо не призначається. Проте, під час його призначення необхідно враховувати наявність у діях винного декількох кваліфікуючих ознак умисного вбивства як обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчиненного злочину (п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 « Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я особи» (далі – Постанова).

1. Умисне вбивство двох або більше осіб (п. 1 ч. 2 ст. 115 КК)

П. 1 ч. 2 ст. 115 КК передбачає відповідальність за умисне вбивство двох або більше осіб. Умисне вбивство має кваліфікуватися за цим пунктом за умови, що їх вбивство охоплювалось єдиним умислом.

Вивчення судової практики показало, що деякі суди допускають помилки при кваліфікації злочинних діянь осіб, винних у вчиненні умисного вбивства двох або більше осіб.

Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що вирок апеляційного суду Львівської обл. у частині засудження Барана М.Є. за епізодом замаху на вбивство двох або більше осіб, вчинене за попередньою змовою групою осіб, підлягає скасуванню з направленням справи на новий судовий розгляд з таких підстав. Формулюючи обвинувачення, визнане судом доведеним, суд зазначив у вироку, що Баран М.Є., діючи за попередньою змовою з іншими особами, з хуліганських мотивів, маючи умисел на вбивство Тарапацького М., завдав останньому удари ножем, від яких той помер на місці, а після умисного вбивства Тарапацького М., маючи умисел на вбивство з хуліганських мотивів Горончука М., також діючи за попередньою змовою з іншими особами, завдав удари ножем і Горончуку М., від яких той, втративши свідомість, впав начебто мертвий, внаслідок чого злочинні дії щодо нього були припинені.

Тобто суд, визнавши, що Баран М.Є. спочатку учинив вбивство однієї особи, на що був спрямований його умисел, а потім здійснив замах на вбивство другої особи, кваліфікував дії Барана М.Є. за ч. 2 ст. 15 і п. 1 ч. 2 ст. 115 КК,

[1] Узагальнення здійснено судовою палатою у кримінальних справах Верховного Суду України та управлінням вивчення та аналізу судової практики Верховного Суду України.

хоча ця кваліфікація передбачає наявність єдиного умислу на вбивство відразу двох або більше осіб.

Іноді органи досудового слідства помилково кваліфікують за п. 1 ч. 2 ст. 115 КК дії осіб за відсутності доказів про наявність умислу саме на вбивство двох або більше осіб.

Так, органами досудового слідства дії Ванди Ю.Ж. було кваліфіковано за ч. 2 ст. 15 і п. 1 ч. 2 ст. 115 КК, тобто як умисне вчинення закінченого замаху на заподіяння смерті (умисне вбивство) трьом потерпілим.

Лубенський міськрайонний суд Полтавської обл. кваліфікував дії Ванди Ю.Ж. в частині заподіяння умисних тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння, двом потерпілим за ч. 1 ст. 121 КК, а стосовно спричинення третьому потерпілому умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження за ч. 1 ст. 122 КК.

Суд дійшов висновку, що з огляду на дії Ванди Ю.Ж., який під час досудового слідства та у суді послідовно стверджував, що не мав наміру позбавляти потерпілих життя, а удари ножем наносив ситуативно спочатку одному, а потім й іншим потерпілим, оскільки злякався, коли на допомогу першому потерпілому прибігли ще двое, та на характер і локалізацію завданих ним тілесних ушкоджень, засуджений не мав прямого умислу на позбавлення їх життя. За таких обставин дії, які вчинив Ванда Ю.Ж., суд правильно кваліфікував за наслідками, що настали.

В іншій справі органи досудового слідства кваліфікували дії Лисуненка М.О. за ч. 2 ст. 15 і п. 1 ч. 2 ст. 115 КК.

Єнакіївський міський суд Донецької обл. не погодився із зазначеною кваліфікацією дій засудженого та дав їм кримінально-правову оцінку за ч. 1 ст. 121 КК.

Мотивуючи необхідність саме такої кваліфікації злочинних дій Лисуненка М.О., суд у вироку зазначив, що із досліджених по справі доказів убачається, що підсудний не бажав заподіяти смерть, і це підтверджується добровільним припиненням ним завдавати удари ножем потерпілим. Про те, що засуджений не бажав настання смерті, свідчить і той факт, що потерпілі без перешкод покинули місце події, їх ніхто не переслідував. Апеляційним судом вирок залишений без зміни.

2. Умисне вбивство малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК)

Із узагальнень апеляційних судів убачається, що не є проблемою для органів досудового слідства і судів кваліфікація дій винної особи за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК – умисне вбивство малолітньої дитини, оскільки засуджена особа, зазвичай, достовірно знала вік потерпілого, бо перебувала з ним у родинних стосунках.

Умисне вбивство малолітньої дитини має місце тоді, коли смерть заподіюється дитині, якій на момент позбавлення її життя не виповнилося 14 років.

Наприклад, вироком Сумського районного суду від 19 грудня 2011 р. Тараненко М.М. засуджений за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК за те, що з мотивів виниклої

неприязні, маючи умисел на позбавлення дитини життя, завдав зі значною силою численні удари ногами по тілу своєї доньки, 2009 р. н., від яких вона померла на місці.

У п. 6 Постанови зазначено, що кваліфікуюча ознака (умисне вбивство малолітньої дитини) наявна тоді, коли винний достовірно знав, що потерпілий є малолітнім, або припускав це, чи за обставинами справи мав би і міг це усвідомлювати. При тому докази, які підтверджують це, повинні бути належними і допустимими.

У справі щодо Корецького І.І. апеляційний суд Хмельницької обл. перекваліфікував його дії з п. 2 ч. 2 ст. 115 КК на ч. 1 ст. 115 КК.

У ході перегляду справи апеляційний суд встановив, що в основу обвинувачення як органами досудового слідства, так і судом було покладено показання Корецького І.І. щодо малолітнього віку потерпілого, які він давав як свідок в той час, коли кримінальна справа стосовно нього була вже порушена за ознаками злочину, передбаченого п. 2 ч. 2 ст. 115 КК. Від цих показань у подальшому він відмовився у судовому засіданні. Апеляційним судом такий доказ обгрунтовано визнано недопустимим, оскільки він отриманий з істотним порушенням права на захист.

Суд узяв до уваги і те, що потерпілому через місяць після вбивства мало б виповнитися 14 років. Інших відомостей про те, що засуджений був обізнаний про малолітній вік потерпілого, в матеріалах справи немає.

Для відмежування умисного вбивства малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК) від умисного вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК) суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування стану, в якому знаходилась мати, та проміжку часу після пологів до моменту, коли вона вбила свою дитину.

Так, у справі щодо Городинської Н.Р. органами досудового слідства її дії кваліфіковано за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК. Тернопільський міськрайонний суд такі дії кваліфікував за ст. 117 КК.

Суд урахував, що Городинська Н.Р. в період скоєного знаходилася в стані фізіологічного афекту, який істотно вплинув на її здатність розуміти значення своїх дій і керувати ними. Вбивство дитини вона скоїла на 59 день після пологів. Із висновків судово-медичної експертизи вбачається, що Городинська Н.Р. перебувала в особливому психоемоційному стані (кумулятивний афект), зумовленому пологами після народження доньки. Такий стан жінки може бути розтягнутий у часі від декількох днів до декількох місяців.

Ця справа була предметом перегляду судом апеляційної інстанції, за результатами якого вирок залишено без зміни.

Судам слід звертати увагу на те, що, вказуючи на вчинення вбивства новонародженої дитини під час пологів або відразу після них, законодавець обмежує вчинення цього злочину певним проміжком часу, який є нетривалим і повинен визначатися у кожному конкретному випадку.

3. Умисне вбивство з особливою жорстокістю (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК)

Для притягнення до відповідальності за цим пунктом необхідно встановити наявність не просто жорстокості, яка фактично має місце при будь-якому умисному вбивстві, а особливої жорстокості.

У п. 8 Постанови умисне вбивство визнається вчиненим з особливою жорстокістю (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК), якщо винний, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих фізичних (шляхом заподіяння великої кількості тілесних ушкоджень, тортур, мордування, мучення, в тому числі з використанням вогню, струму, кислоти, лугу, радіоактивних речовин, отрути, яка завдає нестерпного болю тощо), психічних чи моральних (шляхом зганьбування честі, приниження гідності, заподіяння тяжких душевних переживань, глумління і под.) страждань, а також якщо воно було поєднане із наругою над трупом або вчинювалося в присутності близьких потерпілому осіб і винний усвідомлював, що такими діями завдає останнім особливих психічних чи моральних страждань.

Характерним прикладом вбивства, яке було вчинене з особливою жорстокістю, є наступна справа.

Вироком Керченського міського суду АР Крим від 22 серпня 2011 р. Х. було засуджено за пунктами 1, 2, 4 ч. 2 ст. 115 КК за таких обставин.

Х. за місцем проживання у гуртожитку, після спільного вживання алкогольних напоїв та сварки з К.В.А., К.Т.А., О., з метою вбивства сім'ї К. та О. узяв кухонний ніж, прийшов до кімнати № 13 цього ж гуртожитку, де умисно, з метою спричинення смерті, завдав К.В.А. не менш 22 ударів ножем у живіт, груди, шию, спричинивши тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя у момент їх заподіяння. Продовжуючи свої злочинні дії, цим же ножем він з особливою жорстокістю, у присутності матері та малолітньої дитини, завдав К.О.Є. не менш 39 ударів у різні частини тіла. Після чого, подолавши опір особи, що намагалася захистити свою матір, продовжуючи свої злочинні дії, ножем з особливою жорстокістю у присутності малолітньої дитини, завдав К.Т.А. не менш 13 ударів у різні частини тіла. Продовжуючи свої злочинні дії, засуджений завдав малолітній дитині не менш 3 ударів ножем у різні частини тіла. Потім, прийшовши до кімнати № 20 цього ж гуртожитку, цим же ножем наніс О. не менш 52 ударів у різні частини тіла.

У цьому випадку суд прийшов до правильного висновку, що засуджений скоїв вбивство з особливою жорстокістю. Про це свідчить спосіб нанесення тілесних ушкоджень, сила, з якою завдавалися удари, їх кількість, нанесення ударів в життєво важливі органи в присутності близької потерпілому особи та малолітньої дитини, що для винного є усвідомленням завдання потерпілому особливих страждань.

Судова практика виходить з того, що кількість поранень при вчиненні вбивства сама по собі не є тією обставиною, яку суду в будь-якому випадку слід розглядати як свідчення вбивства з особливою жорстокістю. Кількість тілесних ушкоджень необхідно оцінювати у співвідношенні з часом, протягом якого вони завдавались, зі спрямованістю умислу винної особи, мотивом вбивства, конкретними обставинами скоєння злочину.

Наприклад, Деснянським районним судом м. Чернігова розглянута кримінальна справа щодо Барановських Є.О. Органами досудового слідства дії Барановських Є.О. кваліфіковані за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК. У ході розгляду справи суд дійшов висновку, що така кваліфікація не знайшла свого підтвердження в судовому засіданні, оскільки із матеріалів справи вбачається, що численні тілесні ушкодження потерпілому спричинено одномоментно в короткий проміжок часу, а засуджений категорично заперечував про своє бажання завдати потерпілому при вбивстві особливих страждань. Такий спосіб позбавлення життя потерпілого та обставини справи не свідчили про виявлення винним особливої жорстокості, а підтверджували його намір скоріше позбавити потерпілого життя.

Аналогічно апеляційним судом Луганської обл. вирок Жовтневого районного суду м. Луганська від 9 лютого 2012 р. щодо Пушнякова Б.І. змінений, дії Пушнякова Б.І. перекваліфіковані з п. 4 ч. 2 ст. 115 на ч. 1 ст. 115 КК.

Підставою для зміни вироку суду першої інстанції стало таке. Згідно з висновком судово-медичної експертизи смертельні ушкодження, виявлені на трупі Щетиніна А.В., утворилися від численної дії тупого твердого предмета у життєво-важливі органи потерпілого. Даних про те, що Пушняков Б.І., скоюючи злочин, діяв з наміром завдати потерпілому особливих страждань, і усвідомлював, що заподіює Щетиніну А.В., який від ударів втратив свідомість, такі страждання, в кримінальній справі немає. Механізм, локалізація, кількість завданих ударів свідчили про намір Пушнякова Б.І. скоріше позбавити життя потерпілого.

У іншій справі колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) визнала, що дії засуджених Дранка Д.В. і Коров'яка Є.В. суд помилково кваліфікував за пунктами 4, 9 ч. 2 ст. 115 КК за ознаками вчинення вбивства з особливою жорстокістю і з метою полегшити вчинення іншого злочину.

Як з'ясовано у справі, вбивство Янчевої Н.Н. було вчинене з корисливих мотивів під час розбійного нападу на неї. Засуджені Дранко Д.В. і Коров'як Є.В. визнали свою вину в цьому і послідовно зазначали, що не переслідували мети заподіяти Янчевій Н.Н. особливих фізичних, психічних чи моральних страждань. Свідок Л. вказувала, що дії засуджених відносно Янчевої Н.Н. тривали недовго, а згідно з висновками судово-медичної експертизи – більшість ножових поранень у Янчевої Н.Н., від яких настала її смерть, виявлено в області грудей і живота, й всі вони були заподіяні одномоментно в короткий проміжок часу; смерть Янчевої Н.Н. настала ще до впливу високої температури при пожежі, що виникла внаслідок підпалу. З урахуванням цього, судова колегія в ухвалі вказала, що дії відносно Янчевої Н.Н. учинялися з метою позбавлення її життя без наміру спричинити їй особливі страждання. Сама по собі тільки велика кількість ножових поранень не дає підстав для визнання вбивства вчиненим з особливою жорстокістю.

Крім того, колегія суддів вказала, що неправильним також є висновок суду про вбивство Янчевої Н.Н. для полегшення вчинення розбійного нападу,

оскільки її вбивство було здійснено під час розбою, а це кваліфікується за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК і ч. 4 ст. 187 КК, за що й були засуджені Дранко Д.В. і Коров'як Є.В., та додаткової кваліфікації ще і за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК не потребує.

Практика відносить до вбивств з особливою жорстокістю і ті випадки, коли вбивство супроводжувалось як великою кількістю завданих тілесних ушкоджень, так і наругою над трупом.

Прикладом справи про умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю, може бути справа щодо Меленюка А.О., якого вироком Нікопольського міськрайонного суду від 28 січня 2011 р. було засуджено за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК. Згідно з вироком він за місцем проживання у м. Нікополі посварився зі своїм дядьком – Горносталем С.А., і у Меленюка А.О. виник злочинний намір, спрямований на його умисне вбивство з особливою жорстокістю. З цією метою засуджений в будинку відшукав сокиру, зайшов у кімнату, де відпочивав потерпілий, і завдав йому обухом і лезом сокири численних ударів по голові і грудній клітці, усвідомлюючи заподіяння цим дядьку особливих фізичних страждань. Від завданих ударів Горносталь С.А. помер на місці. У подальшому Меленюк А.О. перетяг його у сусідню кімнату і, нехтуючи загальноприйнятими нормами моралі, проявляючи неповагу до Горносталя С.А., з метою глумління над його трупом, спеціально принесеними з коридору ножем і секатором відрізав потерпілому палець на руці і запхав його через відкриту рану в лівій скроневій частині голови в порожнину черепа, в паху відрізав мошонку і яєчка, статевий орган, наніс дві різані рани по анальному отвору, множинні різані рани обличчя, спини й інших частин тіла.

Зазначені у вироку обставини у своїй сукупності свідчать про те, що Меленюк А.О, позбавляючи життя Горносталя С.А., завдав йому особливих фізичних страждань шляхом заподіяння великої кількості тілесних ушкоджень обухом і лезом сокири, що було поєднане із глумлінням над трупом, тобто діяв з особливою жорстокістю.

4. Умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК)

Йдеться про такі способи вбивства, коли через позбавлення життя однієї людини створювалася реальна небезпека позбавити життя інших осіб.

Пленум Верховного Суду України у п. 9 Постанови роз'яснив, що як учинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб, умисне вбивство кваліфікується за умови, якщо винний, здійснюючи умисел на позбавлення життя певної особи, усвідомлював, що застосовує такий спосіб убивства, який є небезпечним для життя не тільки цієї особи, а й інших людей. При цьому небезпека для життя інших людей має бути реальною.

Вказівку закону про небезпеку для життя багатьох осіб слід розуміти, як небезпеку спричинення смерті не тільки потерпілому, а ще хоча б одній людині.

Вивчення судової практики у справах, розглянутих Верховним Судом України, показало, що деякі суди при кваліфікації таких дій допускають помилки.

Так, у справі щодо Скрябіна С.Г., засудженого вироком Апеляційного суду м. Києва за ч. 1 ст. 15 і пунктами 1, 5, 11 ч. 2 ст. 115 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ дійшла висновку про необхідність виключення з вироку кваліфікації дій засудженого за п. 5 ч. 2 ст. 115 КК.

Судом першої інстанції було встановлено, що злочини засудженим вчинені за таких обставин. Скрябін С.Г. отримав від невстановлених слідством осіб замовлення на вбивство Кисельова І.В. Без передбаченого законом дозволу він незаконно придбав, носив і зберігав вогнепальну зброю та боєприпаси до неї, а потім 30 вересня 2003 р. о 20 год. в під'їзді будинку, де проживав Кисельов І.В., виконуючи замовлення на умисне вбивство і діючи способом, небезпечним для життя багатьох осіб, двома пострілами в Кисельова І.В. і одним пострілом в Башлаєва О.В. вчинив замах на умисне вбивство двох осіб та поранив їх, не довівши злочин до кінця з причин, що не залежали від його волі.

При розгляді справи в касаційному порядку колегія суддів в ухвалі зазначила, що із наведених у вироку обставин вбачається, що Скрябін С.Г., здійснюючи умисел на вбивство двох потерпілих, з невеликої відстані здійснив два прицільні постріли з пістолета у Кисельова І.В. і один у Башлаєва О.В., тобто застосував спосіб, який не був небезпечним для життя інших осіб. Суд не встановив та не зазначив у формулюванні обвинувачення жодних інших обставин, які б свідчили про те, що Скрябін С.Г. усвідомлював, що діє у спосіб, небезпечний для життя інших осіб, і небезпека для них була реальною. Таким чином, колегія суддів дійшла висновку, що з урахуванням використаного знаряддя вбивства і способу його застосування дії засудженого не можуть бути додатково кваліфіковані як вбивство двох осіб, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб.

Аналогічно у справі щодо Орлик Т.В. за обставин, установлених вироком апеляційного суду Одеської обл., колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ дійшла висновку про те, що дії засудженої помилково кваліфіковано як умисне вбивство і замах на умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК).

Орлик Т.В. засуджено за те, що на ґрунті особистих неприязних стосунків, які склалися між нею та подружжям Свиридів, вона, маючи умисел на вбивство п'ятьох членів сім'ї Свиридів, учинила умисне вбивство двох малолітніх дітей, а також замах на вбивство чоловіка, його дружини і малолітнього сина шляхом підпалу їх будинку, тобто способом, небезпечним для життя багатьох осіб.

Колегія суддів, розглянувши справу в касаційному порядку, в ухвалі зазначила, що, як встановлено у справі, застосовуючи такий спосіб убивства як підпал, Орлик Т.В. мала умисел на вбивство одразу всіх членів сім'ї – мешканців окремого житлового будинку, який був розташований осторонь інших будинків. Даних про те, що застосований нею спосіб убивства створював небезпеку для життя інших осіб, щодо яких у неї не було умислу на вбивство, у справі немає. На такі дані не посилалися й органи досудового слідства, висуваючи Орлик обвинувачення. За таких обставин з кваліфікації дій Орлик Т.В. було виключено таку кваліфікуючу ознаку вбивства і замаху на

вбивство, як учинення їх способом, небезпечним для життя багатьох осіб, оскільки це не охоплювалося її умислом.

Вироком апеляційного суду Одеської обл. Хорошилова В.М. та Болдирева В.В. визнано винуватими в умисному вбивстві способом, небезпечним для життя багатьох осіб, з корисливих мотивів, на замовлення, за попередньою змовою групою осіб, та у вчиненні інших злочинів. Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ визнала кваліфікацію їх дій за п. 5 ч. 2 ст. 115 КК правильною.

Верховний Суд України, розглянувши справу щодо Болдирева В.В. і Хорошилова В.М. з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 400-12 КПК України 1960 р., констатував, що висновок суду касаційної інстанції про наявність у діях засуджених кваліфікуючої ознаки, передбаченої п. 5 ч. 2 ст. 115 КК, є неправильним, оскільки судом встановлено, що Болдирев В.В. здійснював постріли з пістолета-кулемета у дворі житлового будинку тоді, коли на місці події сторонніх осіб не було, з повідомлення Хорошилова В.М. він достеменно знав, що до нього прямує саме потерпілий, стріляв у нього прицільно і з невеликої відстані, тобто умислом засуджених не охоплювалось учинення вбивства способом, небезпечним для життя багатьох осіб, а саме по собі вчинення вбивства у громадському місці не свідчить про такий умисел.

Тому постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 24 січня 2013 р. ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня 2012 р. щодо Болдирева В.В. та Хорошилова В.М. скасовано, а справу щодо них направлено на новий касаційний розгляд.

5. Умисне вбивство з корисливих мотивів (п. 6 ч. 2 ст. 115 КК)

Пленум Верховного Суду України у п. 10 Постанови звернув увагу на те, що за п. 6. ч. 2 ст. 115 КК умисне вбивство кваліфікується як вчинене з корисливих мотивів тоді, коли винний, позбавляючи життя потерпілого, бажав отримати у зв'язку з цим матеріальні блага для себе або для інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди.

При цьому немає значення, отримав він вказану вигоду чи ні, а також коли виник корисливий мотив – до початку чи під час вчинення цього злочину. Якщо умисел на заволодіння майном виник у винного після вбивства, вчиненого з інших мотивів, кваліфікація його дій за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК виключається.

Так, Гелевану В.М органами досудового слідства було пред'явлено обвинувачення у скоєнні злочинів, передбачених п. 6 ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 289 КК, за таких обставин.

17 травня 2011 р., близько 18 год. 30 хв., біля повороту з автодороги Полтава-Нехвороща-Світлогірське до с. Михайлівки Машівського району Полтавської обл. між Гелеваном В.М., який перебував у стані алкогольного сп'яніння, та потерпілим Діхтенком Г.П. виникла сварка, під час якої Гелаван В.М. схопив граблі і, маючи умисел на позбавлення життя Діхтенка Г.П., металевою частиною завдав удар в потиличну ділянку голови.

Після удару Діхтенко Г.П. повернувся обличчям до Гелевана В.М., а той ще завдав більше 10 ударів граблями в голову Діхтенка Г.П., від яких останній на місці події помер. Усвідомлюючи, що вчинив тяжкий злочин, Гелеван В.М. з метою швидше залишити місце події заволодів автомобілем, який належав Діхтенку В.П. Керуючи цим автомобілем, Гелеван В.М. на автодорозі допустив зіткнення з іншим автомобілем, після чого залишив його на місці пригоди, а сам утік.

За таких обставин Ленінський районний суд м. Полтави кваліфікував дії Гелевана В.М. за ч. 1 ст. 115 та ч. 2 ст. 289 КК, оскільки умисел на заволодіння автомобілем у нього виник після вчинення вбивства. Як указав суд, Гелеван В.М. свою вину у вчиненні умисного вбивства з метою заволодіння автомобілем не визнавав. Стверджував, що намір заволодіти автомобілем потерпілого виник у нього вже після скоєння вбивства, щоб прискорити зникнення з місця злочину. І ці показання Гелевана Г.М. не були спростовані дослідженими по справі доказами. При перегляді справи в апеляційному порядку вирок залишено без зміни.

Не завжди суди при розгляді справ дотримуються роз'яснень абз. 3 п. 10 Постанови, за змістом якого дії винної особи в разі вчинення умисного вбивства під час розбійного нападу кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених ч. 4 ст. 187, п. 6 ч. 2 ст. 115 КК.

Необхідність кваліфікації за сукупністю злочинів пов'язана з тим, що юридичний склад розбою не охоплює заподіяння смерті потерпілому, а тому в разі настання смерті під час розбою потребує обов'язкової кваліфікації ще і за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК України.

Апеляційним судом Хмельницької обл. скасований вирок Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької обл. від 2 червня 2011 р. щодо Полозуна В.С., який був засуджений за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК та помилково виправданий за ч. 4 ст. 187 КК за вчинення розбійного нападу, під час якого було умисно заподіяно смерть потерпілій за таких обставин. Засуджений з метою заволодіння грошима потерпілої через вікно проник у її будинок. Від шуму, зчиненого засудженим під час пошуку грошей, потерпіла прокинулась та вийшла до Полозуна В.С. із сусідньої кімнати. Розуміючи, що потерпіла є єдиною перешкодою його наміру заволодіти грошима, він, діючи з корисливих мотивів, напав на неї і задушив, після чого продовжив пошук грошей та, не знайшовши їх, утік.

У іншій справі щодо Кубарева В.Ю. та Томіна Д.С. Іллічівський районний суд м. Маріуполя визнав кваліфікацію їх дій за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК помилковою. Суд встановив, що після того, як засуджені напали на Новікова і заволоділи його грошима, Кубарев запропонував Томіну вбити потерпілого, оскільки останній міг повідомити у правоохоронні органи про раніше скоєний щодо нього злочин. Новіков з цим погодився. Для здійснення злочинного умислу, спрямованого на спричинення смерті Новикову з метою приховання іншого злочину, Кубарев взяв ніжки стільця і одну з них передав Томіну. Після чого, діючи відповідно до узгодженого злочинного плану, Кубарев і Томін, маючи умисел на позбавлення життя Новикова, ніжками стільця били ними

потерпілого по голові доти, поки він не помер.

За таких обставин суд обґрунтовано визнав, що дії, які вони вчинили після розбійного нападу на потерпілого, необхідно кваліфікувати не як вбивство з корисливих мотивів, а як вбивство, скоєне за попередньою змовою групою осіб з метою приховати інший злочин, за пунктами 9, 12 ч. 2 ст. 115 КК.

6. Умисне вбивство, вчинене на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115 КК)

Зміст цієї обтяжуючої обставини визначено у п. 15 Постанови, відповідно до якого умисне вбивство, вчинене на замовлення (п. 11 ч. 2 ст. 115 КК), – це умисне позбавлення життя потерпілого, здійснене особою (виконавцем) за дорученням іншої особи (замовника). Таке доручення може мати форму наказу, розпорядження, а також угоди, відповідно до якої виконавець зобов'язується позбавити потерпілого життя, а замовник – вчинити в інтересах виконавця певні дії матеріального чи нематеріального характеру або ж не вчинювати їх.

Сторонами такої угоди є не менш ніж дві особи – замовник і виконавець. Проте, їх може бути і більше – декілька замовників, декілька виконавців; до цих злочинів також можуть бути причетними посередники між замовником і виконавцем.

Об'єктивна сторона вбивства на замовлення нічим принциповим не відрізняється від об'єктивної сторони інших умисних вбивств і полягає у протиправному позбавленні життя іншої людини.

Суб'єктивна сторона вбивства на замовлення, як правило, характеризується прямим умислом – винна особа усвідомлює, що вона виконує протиправне замовлення на позбавлення потерпілого життя і бажає це замовлення виконати. Разом з тим цей злочин може бути вчинено і з непрямим умислом. Це, наприклад, стосується випадків, коли доручення замовника містить альтернативу, коли він ставить завдання або заподіяти тілесні ушкодження потерпілому, або вбити його. Якщо виконавець під час виконання такого замовлення застосує насильство, при якому не бажає настання смерті потерпілого, але свідомо допускає, що смерть може настати, і потерпілому дійсно заподіюється смерть, він повинен нести відповідальність за вбивство, вчинене на замовлення.

Аналіз судової практики розгляду справ цієї категорії показав, що переважно мотивом виконання вбивства на замовлення є користь. Замовник передає або обіцяє передати виконавцю певну грошову суму чи іншу матеріальну винагороду за вбивство, а виконавець за цю винагороду вбивство вчиняє.

Дії замовника і дії виконавця вбивства тісно пов'язані між собою, але об'єктивно вони суттєво відрізняються. Замовник (якщо тільки він не є одночасно і співвиконавцем вбивства) безпосередньо не позбавляє потерпілого життя, не виконує об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 115 КК. В залежності від конкретних обставин справи замовник, замовляючи вбивство, вчиняє дії, які спонукають виконавця до вчинення вбивства, тобто він виступає в ролі підбурювача (а в деяких випадках – організатора або й пособника).

У будь-якому разі суд має чітко визначитися, яка форма співучасті мала місце в кожному конкретному випадку, і кваліфікувати дії замовника з посиланням на відповідну частину ст. 27 КК та за п. 11 ч. 2 ст. 115 КК.

Так, ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 березня 2012 р. вирок апеляційного суду Миколаївської обл. від 7 липня 2011 р. щодо Особи 1 змінено. Перекваліфіковано її дії з пунктів 6, 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК України на ч. 4 ст. 27 і пунктів 6, 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Колегія суддів зазначеного суду дійшла висновку, що сукупність наведених у вироку доказів, яким суд дав правильну оцінку, переконливо свідчить про доведеність винуватості Особи 1 у вчиненні за попередньою змовою замовлення на вбивство з корисливих мотивів конкурента по бізнесу – генерального директора акціонерної риболовецької компанії (АРК) «Антарктика» за грошову винагороду 20 000 доларів США. Разом з тим безпосередні злочинні дії, а саме постріли з пістолета, від яких потерпілому було заподіяно вогнепальні поранення і настала його смерть, вчинені іншою особою – виконавцем вбивства. При цьому Особа 1 не була організатором та співвиконавцем вбивства, а спонукала виконавця до вчинення вбивства, тобто діяла як підбурювач, тому колегія суддів дійшла правильного висновку, що її дії необхідно додатково кваліфікувати з посиланням на ч. 4 ст. 27 і пункти 6, 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Допускаються помилки при кваліфікації дій замовника у випадках, коли злочинний результат (позбавлення потерпілого життя) з тих чи інших причин не настав.

Відповідно до абз. 7 п. 15 Постанови у разі, коли виконавець погодився позбавити потерпілого життя, але з причин, що не залежали від його волі, умисел на вбивство до кінця не довів, дії замовника, залежно від конкретних обставин справи, кваліфікуються як співучасть у готуванні до умисного вбивства на замовлення чи в замаху на вчинення цього злочину.

Згідно з вироком апеляційного суду Харківської обл. від 2 квітня 2012 р. Айвазяна А.В. визнано винуватим та засуджено за те, що він, за попередньою змовою групою осіб, організував замах на умисне вбивство на замовлення потерпілого Мушегяна М.Т. (за ч. 3 ст. 27, ч. 2 ст. 15 і пунктами 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК) за таких обставин.

Айвазян А.В. звернувся до знайомого Бабенка Ю.Ю. знайти особу, яка могла б вбити Мушегяна М.Т. за грошову винагороду. Бабенко Ю.Ю. на пропозицію Айвазяна А.В. погодився, одночасно повідомивши про це правоохоронним органам. А на підтвердження нібито виконаного вбивства на замовлення передав засудженому фотографії із зображенням убитого. Переконавшись, що замовлення виконано, Айвазян А.В. передав Бабенку Ю.Ю. винагороду – 2300 доларів США. Одразу після передачі грошових коштів засудженого було затримано працівниками міліції.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

визнала, що засуджений виконав усі організаційні дії, які вважав необхідними для доведення злочину до кінця, але зазначений злочин не було доведено до кінця з причин, не залежних від його волі. Отже, встановлені судом фактичні обставини свідчать про те, що Айвазян А.В. вчинив підготовку до інкримінованого йому злочину, а не замах на його вчинення. Вирок щодо Айвазяна А.В. ухвалою ВССУ від 24 липня 2012 р. змінено з перекваліфікацією його злочинних дій в частині – з ч. 2 ст. 15 на ч. 1 ст. 14 КК.

У іншій справі вироком Кельменецького районного суду Чернівецької обл. Баланюк Н.В. та Баланюк О.Й. визнані винними в тому, що, перебуваючи в неприязних стосунках із потерпілим Шварцманом В.А., з метою помсти домовились та вирішили вбити потерпілого. Засуджені попросили свого знайомого Чумака В.С. знайти особу, яка вб'є Шварцмана В.А. за матеріальну винагороду. Чумак В.С., погодившись з цією пропозицією, одночасно звернувся до правоохоронних органів та повідомив про намір засуджених. Правоохоронними органами було прийнято рішення про викриття злочинних намірів засуджених та проведення оперативно-розшукових заходів. Під час зустрічі з оперативним працівником міліції, який виступив в ролі виконавця замовного вбивства, засуджені ще раз підтвердили своє рішення щодо позбавлення життя Шварцмана В.А. за винагороду та надали виконавцю його фотографію. На підтвердження нібито виконаного вбивства на замовлення засудженим були надані фотографія із зображенням потерпілого з ознаками насильницької смерті та його шапка. Після передачі грошей замовники вбивства були затримані працівниками міліції.

Такі злочинні дії Баланюк Н.В. та Баланюк О.Й судом кваліфіковані як замах на умисне вбивство за ч. 2 ст. 15 і пунктами 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК. Апеляційна інстанція цей вирок залишила без зміни. У касаційному порядку справа не переглядалася.

Однак, слід звернути увагу на те, що, як і у попередньому прикладі, встановлені судом фактичні обставини свідчать, що Баланюк Н.В. та Баланюк О.Й. вчинили підготовку до інкримінованого їм злочину, а не замах на його вчинення. Крім того, суд не визначився, яка форма співучасті мала місце у цьому випадку і кваліфікував дії замовників без посилання на відповідну частину ст. 27 КК.

7. Умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб (п. 12 ч. 2 ст. 115 КК)

Визнання підвищеної суспільної небезпеки умисного вбивства, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, зумовлено тим, що при груповому здійсненні злочину інтересам суспільства заподіюється, як правило, більша шкода, ніж злочином, вчиненим однією особою. Сумуючи свої дії, підтримуючи один одного інтелектуально, діючі групою, злочинці одержують можливість вчинити такі посягання, які один здійснити не в змозі.

До об'єктивної сторони вбивства, вчинюваного за попередньою змовою групою осіб (звичайно, з огляду на конкретні обставини справи), відносяться всі дії, які учасники групи вважали за необхідне виконати безпосередньо на місці вчинення злочину з метою досягнення злочинного результату, якщо ці дії

у їх сукупності до цього результату призвели. Вирішальним у визначенні, є особа співвиконавцем чи ні, – являється не обсяг вчинених нею дій, а їх взаємозв'язок та взаємна узгодженість з діями виконавця (інших співвиконавців) і загальна їх спрямованість на заподіяння потерпілому смерті, а також те, чи його дії у сукупності з діями іншої особи (осіб) знаходяться у причинному зв'язку зі злочинним результатом.

Група відзначається не лише кількісним показником, але і якісним – наявністю попередньої змови між її учасниками, їх домовленістю щодо спільного вчинення злочину. Попереднім визнається зговір, який стався до початку вчинення злочину, тобто до початку виконання дій, які відносяться до об'єктивної сторони злочину (тобто не пізніше, ніж на стадії готування). Така домовленість може бути як відносно всіх обставин майбутнього злочину, так і стосовно загальних питань. При цьому стосовно позбавлення життя потерпілого зговір обов'язково повинен мати місце, інакше відповідальність за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК настати не може.

Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ дійшла висновку, що апеляційний суд Одеської обл. правильно кваліфікував дії Мельниченка І.С. та Савченка М.М. за пунктами 6, 12 ч. 2 ст. 115 КК і ч. 4 ст. 187 КК. У справі доведено, що 25 липня 2007 р. близько 23год. Савченко М.М. і Мельниченко І.С., будучи в стані алкогольного сп'яніння, озброївшись металевим цвяходером, діючи спільно й узгоджено за попередньою змовою групою осіб, з метою заволодіння майном Татарчук К.Д. шляхом розбійного нападу на неї і її вбивства проникли на подвір'я, а потім зламали вхідні двері і вдерлися у її будинок. Знайшовши в одній з кімнат Татарчук К.Д., яка спала, вони напали на неї, застосовуючи небезпечне для її життя і здоров'я насильство. Мельниченко І.С. завдав потерпілій численних ударів кулаками в груди і живіт, від чого вона впала на підлогу, а потім Савченко М.М. і Мельниченко І.С., діючи спільно з метою вбивства, надавили на обличчя Татарчук К.Д. подушкою, перекривши їй дихання, після чого Мельниченко І.С. утримував на голові потерпілої подушку, а Савченко металевим цвяходером завдав потерпілій удару по голові. Упевнившись, що Татарчук К.Д. померла, вони обшукали її будинок та заволоділи знайденими грошима в сумі 60 грн. і з місця злочину втекли. Діями Мельниченка І.С. і Савченка М.М. заподіяно Татарчук К.Д. численні тілесні ушкодження в області голови, грудної клітки та живота, які віднесені до тяжких, небезпечних для життя в момент спричинення, і смерть Татарчук К.Д. настала від сукупності цих тілесних ушкоджень.

Колегія суддів констатувала, що усім доказам у справі щодо знаряддя злочину, характеру, мотиву, послідовності і узгодженості дій Мельниченка І.С. і Савченка М.М., обстановки в момент скоєння злочину, характеру і локалізації виявлених у Татарчук К.Д. тілесних ушкоджень, причин її смерті суд дав належну оцінку і дійшов обґрунтованого висновку, що дії Мельниченка І.С. та Савченка М.М. були заздалегідь обумовлені та спрямовані на здійснення розбійного нападу на Татарчук К.Д. із заподіянням їй тяжких тілесних ушкоджень та на її вбивство з корисливих мотивів. При цьому кожний з них

виконав ту частину дій, які група вважала необхідними для реалізації спільного умислу на вбивство.

У іншій справі ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 серпня 2011 р. змінено вирок Апеляційного суду м. Києва від 15 лютого 2011 р. щодо Титаренка Є.В., якого засуджено цим вироком за ч. 1 ст. 185, пунктами 7, 12 ч. 2 ст. 115 КК, та Бута Р.В., засудженого за пунктами 7, 12 ч. 2 ст. 115 КК, та з вироку щодо них виключено рішення про кваліфікацію дій засуджених за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Згідно з вироком 1 травня 2009 р. Титаренко, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, відвів потерпілого Артеменка в глиб парку та з метою вбивства з хуліганських мотивів почав наносити останньому удари кухонним ножем. Коли потерпілий впав, до нього підбіг Бут, який також знаходився у стані алкогольного сп'яніння, і притиснув коліном до землі та закрив рот потерпілого, позбавляючи його можливості чинити опір і кликати на допомогу, а Титаренко продовжив наносити ножем удари. В результаті 32 -х несумісних із життям проникаючих колото-різаних поранень грудей та живота Артеменко помер на місці події. Після цього Титаренко обшукав труп вбитого та заволодів майном і грошима потерпілого.

Колегія суддів зазначила в ухвалі, що суд дав правильну оцінку доказам у справі і обґрунтовано визнав доведеною винуватість Титаренка й Бута в умисному вбивстві з хуліганських мотивів, оскільки вони безпричинно позбавили потерпілого життя. Також відповідають фактичним обставинам справи й висновки про те, що Бут, хоч і не вчинював дії, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому (від ножових поранень), але був одним із співвиконавців вбивства з хуліганських мотивів, оскільки, позбавляючи потерпілого можливості чинити опір під час завдання йому ударів ножем, він робив це з метою позбавити потерпілого життя, виконуючи при цьому частину того обсягу дій, яку вважав необхідною для реалізації вказаного умислу. В той же час суд не зазначив у вироку, отже – не встановив, що засуджені заздалегідь, тобто до початку вбивства, домовились про спільне його виконання. Тому кваліфікацію дій засуджених за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК як вбивства, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, суд правильно визнав такою, що не підтверджена по справі, і виключив її.

8. Умисне вбивство, вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116-118 КК (п. 13 ч 2 ст. 115 КК)

Пленум Верховного Суду України в абз. 4 п. 17 Постанови роз'яснив, що вбивство не може кваліфікуватися за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК, якщо судимість за раніше вчинене вбивство знята чи погашена в установленому законом порядку, якщо на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення до відповідальності за перший злочин, а у випадку, передбаченому ч. 4 ст. 49 КК, – якщо особа була звільнена судом від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Проте, деякі суди допускають помилки.

Вироком Жовтневого районного суду м. Запоріжжя від 5 жовтня 2011 р. Швідков С.М. засуджений за пунктами 1, 6, 13 ч. 2 ст. 115, ч. 4 ст. 187 КК на 15 років позбавлення волі з конфіскацією належного йому майна.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Запорізької області від 19 грудня 2011 р. вирок скасовано, справу повернуто на новий судовий розгляд.

Апеляційна інстанція, встановивши підстави для прийняття такого рішення, окрім того зазначила, що Швідков С.М. обвинувачувався органами досудового слідства у вчиненні 18 березня 2010 р. злочину, передбаченого пунктами 1, 6, 13 ч. 2 ст. 115 КК, хоча судимості за попередні злочини (у тому числі і за п. «а» ст. 93 КК 1960 р.) були погашені 27 вересня 2009 р. відповідно до ст. 89 КК. Тому колегія суддів дійшла правильного висновку, що органи досудового слідства та суд необґрунтовано застосували до Швідкова С.М. кваліфікуючу ознаку, передбачену п. 13 ч. 2 ст. 115 КК, – вбивство, «вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство».

Дотримання процесуального закону органами дізнання та досудового слідства при збиранні і оцінці доказів у справах про умисне вбивство. Якість судових рішень у визначеній категорії справ, в тому числі і щодо процесуальної оцінки доказів та визнання їх належними та допустимими (з урахуванням вимог Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р.)

У ст. 129 Конституції України серед основних засад судочинства закріплено, зокрема, такі, як рівність учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення доведеності вини, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, забезпечення обвинуваченому права на захист.

*Водночас у ч. 2 ст. 3 Конституції головним обов'язком держави проголошено утвердження та забезпечення прав і свобод людини, отже, правоохоронні органи та суд під час розслідування і розгляду кримінальної справи зобов'язані дотримуватися гарантій прав та свобод людини і громадянина, закріплених у Конституції та в інших законах України***.**

Проведений аналіз засвідчив, що випадки порушення процесуального закону органами дізнання та досудового слідства при збиранні і оцінці доказів у справах про умисне вбивство є непоодинокими**.** В окремих справах такі недоліки органів досудового слідства під час розгляду справ судами першої інстанції своєчасно не виправлялися, що викликало необхідність перегляду вироків судами вищої ланки.

Так, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 17 листопада 2011 р. скасувала вирок Апеляційного суду м. Севастополя від 17 червня 2011 р. щодо Айричинського С.А., засудженого за п. 9 ч. 2 ст. 115, ч. 1 ст. 263, ч. 1 ст. 185 КК, а справу направила прокурору м. Севастополя для проведення нового розслідування.

Скасовуючи вирок апеляційного суду, колегія суддів дійшла висновку, що органи досудового слідства та суд допустили неповноту і однобічність з'ясування обставин справи та невідповідність своїх висновків фактичним

обставинам справи, що істотно вплинуло на правильність прийняття рішення у справі.

У ході вивчення справи було встановлено, що існуючі суперечності в показаннях на досудовому слідстві Айричинського С.А., Полц Л.Ф. та свідків Склярнікаса І.І., Дунаєва Д.І., Харіна Г.Д. свідчать про те, що наведені досудовим слідством докази недостатньо проаналізовані, а в судовому засіданні належно не перевірялися.

Колегія суддів вказала на те, що суд при постановленні вироку щодо доведеності винуватості Айричинського С.А. у вчиненні інкримінованого йому вбивства послався на показання інших свідків, які очевидцями вчинення Айричинським С.А. вбивства Пономаренка В.В. не були.

Також суд, не провівши належної перевірки, у вироку вказав, що засуджений Айричинський С.А. із власного обріза мисливської рушниці 16 калібру здійснив постріли у потерпілого Пономаренка В.В., що призвели до його смерті. Але засуджений Айричинський С.А. послідовно стверджував, що у нього такої зброї ніколи не було, і це твердження нічим не було спростовано.

У іншій справі апеляційний суд визнав, що не можуть бути використані як докази показання свідків, яким засуджений нібито зізнався у злочині, якщо в ході судового розгляду винуватість підсудного, крім цих показань, не підтверджена іншими доказами у справі.

Так, Апеляційним судом Волинської обл. був скасований вирок Ковельського міськрайонного суду щодо Масловського О.В., засудженого за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК.

Фактично все обвинувачення у цій справі ґрунтувалось на показаннях свідків, яким нібито засуджений зізнався у злочині. При цьому судом першої інстанції не було враховано, що свідки не були очевидцями вбивства, їх показання є похідними від розповідей засудженого, які містять суттєві суперечності. Не зважаючи на те, що твердженням засудженого свідки не повірили через його несерйозну поведінку та нетверезий стан, досудове слідство та суд послались на них, як на основний доказ винуватості Масловського О.В. Судом не перевірено та не спростовано показань самого Масловського О.В. про причетність до умисного вбивства не його, а інших осіб. Оскільки вищевказана неповнота не могла бути усунута в ході судового розгляду, справу було направлено для проведення додаткового розслідування.

Згідно з ч. 1 ст. 334 КПК в мотивувальній частині вироку суд повинен навести докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо кожного підсудного із зазначенням мотивів, через які суд відкидає інші докази.

Апеляційний суд Волинської обл. ухвалою від 12 квітня 2011 р. скасував вирок Ратнівського районного суду від 26 січня 2011 р. щодо Пігулко Н.В., Цюрика В.В., Кравченка П.О., Барилюк О.П., які були засуджені за пунктами 4, 12 ч. 2 ст. 115 КК. В ухвалі суд апеляційної інстанції звернув увагу на те, що, обґрунтовуючи винуватість Пігулко Н.В., Цюрика В.В. та Кравченко П.О. у вчиненні вбивства Поцурая Г.Г., суд першої інстанції послався на показання підсудних на досудовому слідстві, в яких вони частково визнавали себе винними. Але у вироку суд не навів мотивів, через які він

прийняв за основу ці показання підсудних, та відкинув ті, які були дані ними у судовому засіданні, не зважаючи на те, що вони змінили в суді свою позицію і заперечували винуватість.

Ухвалою апеляційного суду Вінницької обл. від 14 березня 2012 р. скасовано вирок Крижопільського районного суду 30 листопада 2011 р. щодо засудженого Зубка Б.К. за ч. 1 ст. 115, ч. 3 ст. 15 і пунктами 9, 13 ч. 2 ст. 115 КК на підставі того, що в мотивувальній частині вироку суд обмежився лише переліком джерел доказів, не розкривши їх зміст та не аргументувавши, які саме дані, що містяться в них, підтверджують винність засудженого. Суд не спростував належним чином висунуті на свій захист доводи засудженого про недоведеність його винуватості у крадіжці чужого майна та замаху на умисне вбивство, а також про застосування до нього фізичного насильства з боку працівників міліції на досудовому слідстві, що змусило його давати неправдиві показання.

Практика розгляду справ свідчить про випадки, коли обвинувачені особи не визнають себе винними у скоєнні тяжкого злочину, а з боку органів досудового слідства належного з'ясування причетності до вбивства цієї особи не відбувається.

Так, вирок Апеляційного суду м. Києва від 14 квітня 2011 р., яким засуджено Салая О.В. та Панкратьєва С.С. за ч. 4 ст. 187, пунктами 6, 12 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 187 КК, скасовано ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2011 р. з направленням справи на новий судовий розгляд. Як зазначив суд касаційної інстанції, підставою для скасування вироку стало те, що судом не були належним чином перевірені доводи засуджених про їх непричетність до пограбування, вбивства і розбійного нападу, як і їх заяви про безпідставне затримання та застосування до них недозволених методів проведення досудового розслідування.

Із показань засуджених та з матеріалів справи вбачається, що вони звертались до органів прокуратури із заявами про побиття їх при затриманні та на допитах, внаслідок чого вони обмовили себе, і просили перевірити наведені ними факти, однак цього зроблено не було. Так, за скаргою засудженого Салая О.В. постановою прокуратури Дарницького району м. Києва від 25 січня 2010 р. було відмовлено в порушенні кримінальної справи за фактом нанесення йому тілесних ушкоджень та перевищення влади та службових повноважень працівниками Дарницького РУ ГУМВС України в м. Києві. Під час перевірки були опитані лише особи, щодо яких Салай О.В. заявляв скарги, а в порушенні кримінальної справи було відмовлено, оскільки вони заперечували проти тверджень засудженого. Інших заходів для перевірки скарги Салая О.В вжито не було. Також до справи ці матеріали перевірки долучені не були. З урахуванням вищенаведеного колегія суддів дійшла правильного висновку, що розслідування фактів, на які посилалися засуджені, не було незалежним та безстороннім.

Великописарівський районний суд Сумської обл. 10 квітня 2012 р. направив кримінальну справу щодо обвинувачення Коваленка І.Г. за ч. 1

ст. 263, пунктами 1, 13 ч. 2 ст. 115 КК прокурору для проведення додаткового розслідування через неповноту досудового розслідування, яка не могла бути усунута у судовому засіданні. Як зазначив суд у своїй постанові, органами досудового розслідування не було перевірено алібі підсудного, який заявляв про те, що на час події злочину він відбував покарання у місцях позбавлення волі, а його піджак, на якому виявлені сліди крові потерпілих, у цей час використовувався його рідним братом. Це рішення ухвалою апеляційного суду Сумської обл. від 22 лютого 2012 р. було залишено без зміни.

Важливою гарантією об`єктивного розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинуватих осіб є реальне забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному права на захист. Встановлено факти, коли недотримання під час досудового слідства вимог закону про забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист було причиною повернення судом справ для проведення додаткового розслідування.

Порушення вимог закону щодо участі захисника під час проведення слідчих дій може бути підставою для визнання недопустимими таких доказів.

Так, ухвалою апеляційного суду Кіровоградської обл. від 21 лютого 2012р. вирок суду щодо Даниленка В.В. скасовано, справу повернуто прокурору на додаткове розслідування через порушення досудовим слідством права підозрюваного (обвинуваченого) Даниленка В.В на захист.

На досудовому слідстві до Даниленка В.В., підозрюваного (обвинуваченого) у вбивстві Анісімова С.М., постановами слідчого були допущені як захисники адвокати Непомняща Л.Б. та Чернецький Д.В. У порушення вимог кримінально-процесуального закону, не попередивши адвокатів про проведення слідчих дій з їх підзахисним, відбираючи у підозрюваного письмові заяви про відмову від участі адвокатів у проведенні певних слідчих дій і не з'ясовуючи мотиви такої відмови, орган дізнання, а потім і слідчий протягом певного часу проводили слідчі дії за участю Даниленка В.В., спрямовані на збір доказів, які лягли в основу обвинувачення (відбирали явки з повинною у підозрюваного Даниленка В.В., проводили з ним допити як з підозрюваним, відтворення обстановки та обставин події за фактом вбивства Анісімова С.М.). У подальшому Даниленко В.В. під час допитів як обвинуваченого в присутності адвоката стверджував, що обмовив себе у вчиненні вбивства Анісімова С.М під впливом незаконних дій органів досудового слідства.

Із матеріалів кримінальної справи також вбачається, що за фактом вбивства Анісімова С.М. 27 листопада 2008 р. слідчим Добровеличківського РВ УМВС України в Кіровоградської обл. була порушена кримінальна справа, яка перебувала в його провадженні. Відповідно до постанов прокурора Добровеличківського району Кіровоградської обл. від 19 червня 2009 р. та заступника прокурора цього району від 7 липня 2009 р. була створена слідчо-оперативна група. Однак, у Даниленка В.В. відбирались заяви про явки з повинною працівниками міліції, які не входили до складу слідчо-оперативної групи, а в деяких явках з повинною взагалі не було зазначено осіб, які їх приймали.

Отже, у згаданий період працівниками міліції та слідчим проводились з Даниленком В.В. певні процесуальні дії без залучення до участі у справі захисників. Але ці обставини залишилися поза увагою суду, який при постановленні вироку не зважив на те, що слідчі дії, дані яких лягли в основу обвинувачення та були враховані судом як належні та допустимі докази, проводились без участі адвоката.

Ухвалою Новопсковського районного суду Луганської обл. від 14 травня 2012 р. справа щодо Скоробача Ю.І. за обвинуваченням у скоєнні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 121, п. 9 ч. 2 ст. 115 КК, за клопотанням державного обвинувача на підставі ст. 281 КПК повернута прокурору Луганської обл. для проведення додаткового розслідування.

Підставою для повторного повернення справи на додаткове розслідування стало те, що органами досудового слідства не були виконані вказівки ВСУ, викладені в ухвалі про повернення справи на додаткове розслідування, а саме: органу досудового слідства необхідно було забезпечити право на захист Скоробача Ю.І., перевірити його доводи про непричетність до вбивства потерпілої Зоренко У.Т., перевірити версії про причетність до вбивства інших осіб. Крім того, органами досудового слідства не були спростовані показання Скоробача Ю.І. про незаконні дії працівників Сватівського РВ УМВС, не з'ясовано, яким чином у будинку Зоренко У.Т. після двох оглядів місця події 21 вересня та 22 вересня 2009 р. за участю двох експертів-криміналістів, судово-медичного експерта, старшого слідчого-криміналіста, заступника прокурора Луганської обл. не були виявлені відбитки пальців рук Скоробача Ю.І., а в ході огляду 26 вересня 2009 р. відбитки його пальців вже виявлені. Не спростована версія підсудного та захисника про те, що Скоробач Ю.І. не міг скоїти інкримінований злочин в зазначений в обвинуваченні час, оскільки мав алібі, яке перевірено не було. Усі вищезазначені недоліки неможливо було усунути в судовому засіданні.

З огляду на викладене, можна зазначити, що правильним є сумнів суддів щодо достовірності доказів, одержаних з грубим порушенням норм КПК, якими регулюється процес доказування винуватості осіб у вчиненні злочинів.

Застосування практики Європейського суду з прав людини

У практиці Європейського суду з прав людини (далі – Суд) є рішення, в яких питання про використання доказів, отриманих «незаконно», аналізувалося з погляду права на справедливий судовий розгляд.

Як такий приклад варто навести справу «Луценко проти України», що була предметом перегляду Верховним Судом України на підставі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушень міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. У постанові від 5 грудня 2011 р. Верховний Суд України зазначив таке.

Рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Луценко проти України» від 18 грудня 2008 р. констатовано порушення судами першої і касаційної інстанцій при розгляді кримінальної справи щодо Луценка С.М. п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі

– Конвенція), яке полягало в тому, що права захисту були обмежені в ступені, що підриває справедливість процесу в цілому.

Луценка С.М. було визнано винним та засуджено за вчинення умисного вбивства з корисливих мотивів за п. «а» ст. 93 КК України 1960 р. та за інший злочин. В основу обвинувачення як органами досудового слідства, так і судом було покладено зізнавальні показання спів-обвинуваченого у цій справі Лисяка М.М., які він дав під час допиту як свідок.

Водночас Лисяк М.М. негайно після допиту відмовився від цих показань, поскаржившись компетентним органам на те, що він давав їх під тиском; послідовно заперечував свої первісні визнання не тільки в ході судового розгляду, але також на стадії досудового розслідування.

У той же час Лисяк М.М. не міг бути допитаним у суді у зв'язку з тим, що справу спочатку було зупинено до його розшуку, а потім закрито у зв'язку зі смертю.

У постанові Верховний Суд України зазначив, що висновки й аргументи Європейського суду з прав людини повністю співпадають з відповідними положеннями кримінально-процесуального законодавства України 1960 р. Зокрема, згідно зі ст. 323 КПК вирок суду повинен бути законним і обґрунтованим, а оцінка доказів має ґрунтуватися на всебічному, повному і об'єктивному розгляді усіх обставин справи в сукупності.

Відповідно до ч. 2 ст. 327 КПК обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і постановляється лише за умови, що в ході судового розгляду винність підсудного у вчиненні злочину доведена. Згідно з ч. 1 ст. 334 КПК у мотивувальній частині вироку суд повинен навести докази, на яких ґрунтується висновок суду щодо кожного підсудного із зазначенням мотивів, через які суд відкидає інші докази.

Суд першої інстанції зазначені вимоги закону належним чином не виконав.

Формулюючи в мотивувальній частині вироку обвинувачення, визнане судом доведеним, апеляційний суд навів обставини, які могли бути встановлені лише з показань Лисяка М.М., наданих на початку досудового слідства при допиті як свідка. Зокрема, лише Лисяк М.М. давав показання щодо передачі ним Луценку 12 тис. Доларів США, наявності у останнього пістолета, а також про вчинення Луценком С.М. вбивства Михайличенка О.В. Інших доказів передачі грошей Луценку С.М., придбання та носіння ним вогнепальної зброї та бойових припасів до неї органами досудового слідства встановлено не було.

При цьому суд у вироку не вказав, чи бралися ним до уваги як докази показання Лисяка М.М., а якщо й бралися, то які саме; з яких причин не взято до уваги інші показання Лисяка М.М., у яких він, починаючи з 21 листопада 1995 р., стверджував, що на початку досудового слідства (18 і 20 листопада 1995 р.) обмовив себе і Луценка С.М.

Суд також належним чином не перевірив тверджень Лисяка М.М. про те, що 18 і 20 листопада 1995 р. він дав показання внаслідок застосування до нього незаконних методів з боку працівників правоохоронних органів. Крім того, суд першої інстанції не дав жодної оцінки скаргам Луценка С.М. та Лисяка М.М.

щодо застосування органами дізнання та досудового слідства незаконних методів слідства.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України при розгляді справи щодо Луценка С.М. у касаційному порядку 11 березня 2004 р. не звернула уваги на зазначені вище істотні порушення процесуального закону, які допустив суд першої інстанції. Навпаки, колегія суддів у своїй ухвалі, зазначивши, що вирок суду щодо Луценка С.М. є обґрунтованим, послалася на показання Лисяка М.М., які той давав 18 і 20 листопада 1995 р., і на які як на докази не посилався суд першої інстанції у вироку. При цьому колегія суддів не вказала, чому вона вважає законним спосіб отримання цих показань, з яких мотивів відкидає інші показання Лисяка М.М., у тому числі і щодо незаконності застосованих до нього методів.

За таких обставин вирок судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Донецької обл. від 3 жовтня 2003 р. та ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 березня 2004 р. щодо Луценка С.М. скасовано, справу направлено на новий судовий розгляд до суду першої інстанції.

Слід звернути увагу, що чинний Кримінальний процесуальний Кодекс України (2012 р.) передбачає та розкриває у Главі 4 § 1 «Поняття доказів, належність та допустимість при визнанні відомостей доказами», тому судам необхідно дотримуватися цих вимог.

Під час вивчення встановлено, що суди при розгляді справ даної категорії у своїх судових рішеннях враховують рішення Європейського суду з прав людини.

Наприклад, в ухвалі Апеляційного суду м. Києва від 24 квітня 2012 р., якою кримінальну справу щодо обвинувачення Горбенка Б.В. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 27, пунктами 6, 12 ч. 2 ст. 115 КК, повернуто прокурору м. Києва на додаткове розслідування через те, що органами досудового слідства не вжито всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи, не усунуті суперечності, які не дають підстав для прийняття однозначного рішення, міститься посилання на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Корнєв і Карпенко проти України» (п. 54 рішення від 21 жовтня 2010 р., яке набуло статусу остаточного 21 січня 2011 р.), де визначено, що пункти 1 і 3 (d) ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. як загальне правило вимагають надання підсудному відповідної та належної можливості заперечувати докази свідка обвинувачення і допитати його або під час надання останнім своїх показань, або пізніше.

В ухвалі Новопсковського районного суду Луганської обл. від 14 травня 2012 р. про повернення кримінальної справи за обвинуваченням Скоробач Ю.І. за ст. 121, п. 9 ч. 2 ст. 115 КК на додаткове розслідування є посилання на рішення Європейського суду з прав людини, зокрема «Балицький проти України», де Європейський суд зазначив, що не відповідають принципам п. 1 та п/п «с» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини порушення в частині

незабезпечення права особи на захист та права не свідчити проти себе, яке полягло в тому, що зізнання, використані для засудження заявника, відбиралися у нього формально як у свідка під час адміністративного арешту, а фактично його допитували як підозрюваного, не забезпечивши при цьому права мати захисника та не свідчити проти себе.

Практика призначення покарання за вчинення умисного вбивства

Аналіз практики призначення покарання за вчинення умисного вбивства з кваліфікуючими ознаками показав, що суди в переважній більшості справ про розглядувані злочини призначали винним особам покарання відповідно до вимог ст. 65 КК.

Проте, у судовій практиці мали місце випадки неправильного застосування судами кримінального закону при призначенні засудженим покарання по справах цієї категорії.

Пленум Верховного Суду України у п. 6[1] Постанови від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму Верховного Суду України № 18 від 10 грудня 2004 р., № 8 від 12 червня 2009 р. та № 11 від 6 листопада 2009 р.) звернув увагу судів на особливості призначення покарання за вчинення готування до злочину або вчинення замаху на злочин. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 68 КК у разі засудження особи за готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, а відповідно до ч. 3 цієї ж статті у разі засудження за замах на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. При цьому, призначаючи особі покарання згідно з частинами 2 і 3 ст. 68 КК, у вироку суд повинен наводити відповідні мотиви; посилатися на ст. 69 КК у такому разі не потрібно.

Правила частин 2 і 3 ст. 68 КК не можуть бути застосовані при призначенні покарання особі, яка у віці 18 і більше років вчинила злочин, за який передбачено найбільш суворий вид покарання – довічне позбавлення волі, оскільки цей вид покарання є таким, що виключає можливість визначення його половини чи двох третин.

Однак до осіб, які вчинили готування до такого злочину або вчинення замаху на злочин у віці до 18 років, і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку, і яким не може бути призначено покарання у виді довічного позбавлення волі (ч. 2 ст. 64 КК), мають застосовуватися вимоги частин 2 і 3 ст. 68 КК, виходячи з максимального покарання позбавлення волі на певний строк.

Верховний Суд України, розглянувши справу щодо Сотникова Є.В., констатував, що суд касаційної інстанції в двох справах неоднаково застосував кримінальний закон, у результаті чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Це сталося внаслідок

неоднакового розуміння колегіями суддів питання щодо співвідношення норм Загальної і Особливої частин КК, а саме – ч. 3 ст. 68 і ч. 2 ст. 115 КК.

Як встановлено судами, засуджені у різних справах Юзипчук В.О. і Сотников Є.В. учинили замах на умисне вбивство.

Вироком апеляційного суду Черкаської обл. від 6 грудня 2010 р. Юзипчука В.О. засуджено за ч. 2 ст. 15 і пунктами 1, 2, 4, 6, 7, 13 ч. 2 ст. 115 КК до довічного позбавлення волі.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2011 р. вирок щодо Юзипчука В.О. залишено без зміни.

Постановляючи зазначену ухвалу, суд касаційної інстанції зазначив, що оскільки найбільш суворим видом покарання, передбаченого санкцією ч. 2 ст. 115 КК, є довічне позбавлення волі, яке не має строкового виміру, суд, призначаючи Юзипчуку В.О. покарання, обґрунтовано не застосував положення ч. 3 ст. 68 КК. І такий висновок ґрунтується на вимогах закону.

У справі Сотникова Є.В. касаційним судом було прийняте протилежне за змістом рішення.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України, змінюючи своєю ухвалою від 14 квітня 2011 р. вирок апеляційного суду Запорізької обл. від 19 листопада 2010 р. щодо Сотникова Є.В. та пом'якшуючи йому покарання за ч. 2 ст. 15 і п. 7 ч. 2 ст. 115 КК до 9 років позбавлення волі, на обґрунтування такого рішення послалася на ч. 3 ст. 68 КК, вимоги якої, на думку суду, не були враховані судом першої інстанції при призначенні засудженому покарання.

Однак, при призначенні покарання Сотникову Є.В. за замах на вчинення вбивства з хуліганських мотивів судом касаційної інстанції було ухвалено помилкове рішення та безпідставно йому було пом'якшено покарання до 9 років позбавлення волі.

Постановою Верховного Суду України від 12 вересня 2011 р. ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України від 14 квітня 2011 р. щодо Сотникова Є.В. скасована, а справа направлена на новий касаційний розгляд.

Аналогічна помилка була допущена апеляційним судом Тернопільської обл. у справі щодо Кошути П.П., якого вироком Борщівського районного суду Тернопільської обл. від 15 серпня 2011 р. було засуджено за ч. 2 ст. 15 і п. 1 ч. 2 ст. 115 КК на 14 років позбавлення волі. Апеляційна інстанція вирок змінила з пом'якшенням міри покарання до 10 років позбавлення волі і на обґрунтування такого рішення послалася на ч. 3 ст. 68 КК, хоча підстав для цього у даному випадку не було, оскільки Кошута П.П., 1959 р. н., тобто будучи повнолітнім, учинив злочин, за який передбачено найбільш суворий вид покарання – довічне позбавлення волі.

Відповідно до ч. 4 ст. 67 КК, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як обтяжуючу.

У вироку Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинська від 9 вересня 2011 р., яким засуджено Юферева О.В. за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК, суд першої інстанції послався як на обтяжуючу покарання обставину – настання тяжких наслідків – смерті потерпілої. Апеляційна інстанція в цій частині вирок суду першої інстанції змінила, виключивши з мотивувальної частини вказану обтяжуючу покарання обставину, оскільки настання смерті передбачено диспозицією ч. 2 ст. 115 КК.

Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 20 квітня 2011 р. щодо Лозинського В.О. змінено апеляційною інстанцією шляхом виключення з мотивувальної частини вироку визнання обставинами, що обтяжують покарання засудженого, – вчинення злочину з особливою жорстокістю, загально небезпечним способом і настання такого виду тяжких наслідків, як смерть. У зв'язку з чим пом'якшено останньому покарання за п. 7 ч. 2 ст. 115 КК.

Своє рішення суд другої інстанції мотивував, зокрема, і тим, що вчинення злочину з особливою жорстокістю, загально небезпечним способом є ознаками пунктів 4, 5 ч. 2 ст. 115 КК, які Лозинському не інкримінувалися.

Пленум Верховного Суду у п. 18 Постанови роз'яснив, що при засудженні особи за декількома пунктами ч. 2 ст. 115 КК покарання за кожним пунктом цієї статті окремо не призначається. Однак, при його призначенні необхідно враховувати наявність у діях винного декількох кваліфікуючих ознак умисного вбивства як обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчиненого злочину.

Проте, всупереч вимогам п. 18 Постанови, вироком Олевського районного суду Житомирської обл. від 15 серпня 2011 р. Ражика О.Б. було окремо засуджено за п. 4 ч. 2 ст. 115 КК на 14 років позбавлення волі з конфіскацією майна, за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК на 13 років позбавлення волі з конфіскацією майна. Із застосуванням вимог ст. 70 та ст. 71 КК визначено остаточне покарання 14 років 6 місяців позбавлення волі з конфіскацією майна. Ухвалою апеляційного суду Житомирської обл. від 1 листопада 2011 р. цей вирок скасовано в частині призначення покарання та справу повернуто на новий судовий розгляд.

Відповідно до ч. 2 ст. 71 КК при складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинення менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

Вироком Апеляційного суду Закарпатської обл. від 18 березня 2011 р. особі за вчинення злочинів, передбачених пунктами 1, 4, 6, 12 ч. 2 ст. 115, частинами 3, 4 ст. 187 КК, ч. 3 ст. 185 КК, шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим визначено покарання за сукупністю злочинів у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна. На підставі ч. 1 ст. 71 КК суд до покарання за цим вироком, приєднав частину невідбутого покарання у виді 1 року позбавлення волі за попереднім вироком Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської обл. від 25 листопада 2005 р. і остаточно визначив покарання за сукупністю вироків у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна.

Касаційним судом було визнано, що часткове приєднання до покарання за новим вироком невідбутої частини покарання за попереднім вироком, як то передбачено ч. 1 ст. 71 КК, не суперечить фактично застосованому принципу поглинення менш суворого покарання довічним позбавленням волі відповідно до вимог ч. 2 вказаної статті.

Разом з тим відповідно до ч. 2 ст. 71 КК при складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинення менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

Розглянувши справу, Верховний Суд України констатував, що касаційний суд ухвалив помилкове рішення, оскільки не врахував положень ч. 2 ст. 71 КК. Постановою Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 квітня 2012 р. ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 грудня 2011 р. щодо засудженого скасовано, а справу щодо нього направлено на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Висновки та пропозиції

Аналіз судової практики розгляду кримінальних справ про умисне вбивство показав, що суди України забезпечують в цілому правильне вирішення справ цієї категорії.

Разом з тим в ході аналізу виявлені непоодинокі недоліки в роботі органів досудового слідства, які тягли за собою перекваліфікацію дій винних осіб, повернення справ на додаткове розслідування чи навіть скасування постановлених у таких справах вироків судами вищої ланки.

У судовій практиці також мали місце випадки неправильного застосування кримінального закону як при кваліфікації дій засуджених, так і при призначенні останнім покарання за вчинення умисного вбивства з кваліфікуючими ознаками.

Слід зауважити, що усунення зазначених в аналізі недоліків сприятиме правильному і однаковому застосуванню закону при розгляді справ зазначеної категорії.

Судова палата у кримінальних справах
Верховного Суду України

Управління вивчення та аналізу судової
практики Верховного Суду України

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 3 квітня 2014 року у справі № 5-8к14

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством, вчиненим у стані сильного душевного хвилювання*)

Розмежування умисного протиправного заподіяння смерті іншій людині (частина перша статті 115 КК) та умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання (стаття 116 КК), здійснюється як за об'єктивною, так і суб'єктивною стороною цих злочинів, зокрема, встановленням таких особливостей, характерних для злочину, передбаченого статтею 116 КК: суспільно небезпечне діяння особи спровоковане протизаконним насильством, систематичним знущанням або тяжкою образою з боку потерпілого; суб'єктивна сторона складу цього злочину характеризується особливим емоційним станом суб'єкта – його душевним хвилюванням, яке значною мірою знижує його здатність усвідомлювати свої дії або керувати ними, а умисел на позбавлення життя потерпілого виникає раптово і реалізується негайно.

Встановлені судом фактичні обставини даної кримінальної справи не підтверджують того, що дії винуватої щодо потерпілого виникли внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання чи тяжкої образи з боку потерпілого щодо засудженої, були раптовими та зумовленими її безпосередньою реакцією на дії потерпілого, тобто відбувались без розриву в часі між обставинами, які викликали у неї стан вираженої емоційної напруги, і подальшим вбивством.

(Витяг)

Вироком Гайсинського районного суду Вінницької області від 8 лютого 2012 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, раніше не судиму, засуджено за частиною першою статті 115 Кримінального кодексу України (далі − КК) до покарання у виді позбавлення волі на строк 7 років.

Як установив суд, ОСОБА_1.1 23 грудня 2008 року приблизно о 17 год. 00 хв., перебуваючи в будинку ІНФОРМАЦІЯ_2, на ґрунті виниклих неприязних відносин під час сварки, не будучи позбавленою можливості усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, перебуваючи в стані вираженої емоційної напруги, викликаної психотравмуючою ситуацією, умисно, з метою вбивства завдала кухонним ножем удару в ліву половину грудної клітки ОСОБА_3, спричинивши йому тілесні ушкодження у виді колото-різаного поранення лівої половини грудної клітки з пошкодженням міжреберних м'язів 6–7-го міжребер'я лівої половини грудної клітки, ушкодження навколосерцевої сорочки та серця, супроводжуваного

крововтратою і тампонадою серця кров'ю, крововиливом у серцеву сорочку та ліву плевральну порожнину серцевої сорочки, від яких ОСОБА_3 протягом кількох хвилин помер на місці події.

Ухвалою Апеляційного суду Вінницької області від 13 березня 2013 року вказаний вирок залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 жовтня 2013 року вирок Гайсинського районного суду Вінницької області від 8 лютого 2012 року та ухвалу Апеляційного суду Вінницької області від 13 березня 2013 року залишено без змін.

У заяві захисник ОСОБА_2.1 порушує питання про перегляд вказаної ухвали суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1.1 з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Захисник стверджує, що Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ як суд касаційної інстанції безпідставно погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій щодо кваліфікації дій ОСОБА_1.1 за частиною першою статті 115 КК як умисного вбивства, оскільки, на її думку, ОСОБА_1.1 скоїла умисне вбивство ОСОБА_3, перебуваючи в стані сильного душевного хвилювання, а тому дії засудженої мають бути кваліфіковані за статтею 116 КК.

На обґрунтування такого твердження захисник ОСОБА_2.1 посилається на отримані з Єдиного державного реєстру судових рішень і долучені нею до заяви копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року та 30 жовтня 2012 року зміст яких, на її думку, свідчить про те, що при постановленні цих судових рішень суд касаційної інстанції правильно застосував кримінальний закон, а саме: в одному випадку погодився з висновком апеляційного суду про перекваліфікацію дій засудженої з частини першої статті 115 КК на статтю 116 КК (ухвала від 30 жовтня 2012 року), а в іншому — сам перекваліфікував дії засудженої особи з частини першої статті 115 КК на статтю 116 КК. Вважає, що як в оскаржуваному рішенні, так і в наданих для порівняння судових рішеннях йдеться про подібні суспільно небезпечні діяння, до яких суд касаційної інстанції неоднаково застосував одні й ті самі норми кримінального закону.

На підставі наведеного захисник ОСОБА_2.1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 жовтня 2013 року щодо ОСОБА_1.1, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження за заявою захисника ОСОБА_2.1, проаналізувала висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви та дійшла висновку про таке.

Порівняння суспільно небезпечних діянь оспореного рішення від 1 жовтня 2013 року і порівнюваних рішень суду касаційної інстанції від 11 серпня 2011 року та від 30 жовтня 2012 року свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, зокрема, за об'єктом посягання – життя іншої людини, суб'єктом злочину – осудна особа, яка досягла 14 років, за суб'єктивною стороною, яка характеризується виною у формі умислу, такими ознаками об'єктивної сторони у порівнянні з рішенням від 30 жовтня 2012 року, як спосіб, знаряддя злочину, характер і локалізація поранень. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспореному рішенні – за частиною першою статті 115 КК, а в порівнюваних – за статтею 116 КК. Така обставина, відповідно до вимог пункту 1 частини першої статті 400№І Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), дає підстави Верховному Суду України розглянути заяву захисника ОСОБА_2.1, вирішити питання щодо законності прийнятого стосовно ОСОБА_1.1 оспореного рішення і визначити відмінності між нормами закону про кримінальну відповідальність, передбачені частиною першою статті 115 і статтею 116 КК.

За змістом положень статті 400№№, пункту 1 частини першої статті 400№І, частини першої статті 400І№ КПК 1960 року перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені та визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій та з якими погодився суд касаційної інстанції.

Відповідно до роз'яснень, що містяться у пункті 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», суб'єктивна сторона вбивства або заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, відповідальність за які передбачено статтями 116 і 123 КК, характеризується не лише умислом, а й таким емоційним станом винного, який значною мірою знижував його здатність усвідомлювати свої дії або керувати ними. Необхідною умовою кваліфікації дій винного за зазначеними статтями є сильне душевне хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання чи тяжкої образи з боку потерпілого. Насильство може бути як фізичним (заподіяння тілесних ушкоджень або побоїв, незаконне позбавлення волі тощо), так і психічним (наприклад, погроза завдати фізичної, моральної чи майнової шкоди). До тяжкої образи слід відносити явно непристойну поведінку потерпілого, що особливо принижує гідність чи ганьбить честь винного або близьких йому осіб.

Наведене свідчить про те, що розмежування умисного протиправного заподіяння смерті іншій людині (частина перша статті 115 КК) від умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання (стаття 116 КК), здійснюється як за об'єктивною, так і суб'єктивною стороною цих злочинів, зокрема, встановленням таких особливостей, характерних для злочину, передбаченого статтею 116 КК, як те, що суспільно небезпечне діяння особи спровоковане протизаконним насильством, систематичним знущанням або тяжкою образою з боку потерпілого; що суб'єктивна сторона складу цього

злочину характеризується особливим емоційним станом суб'єкта – його душевним хвилюванням, яке значною мірою знижує його здатність усвідомлювати свої дії або керувати ними, а умисел на позбавлення життя потерпілого виникає раптово і реалізується негайно.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1.1 та ОСОБА_3 познайомились у жовтні 2007 року у м. Гайсині. З листопада 2007 року по лютий 2008 року проживали разом як подружжя у ІНФОРМАЦІЯ_2 у будинку матері засудженої ОСОБА_4 без реєстрації шлюбу. 29 липня 2008 року у ОСОБА_1.1 народився син ОСОБА_5, батьком якого у свідоцтві про народження записаний ОСОБА_3, який за життя визнавав вказану новонароджену дитину своїм сином. У період з лютого 2008 року до дня смерті 23 грудня 2008 року між ОСОБА_1.1 та ОСОБА_3 на ґрунті ревнощів періодично виникали сварки. Після народження дитини ОСОБА_3 приїжджав провідувати свого малолітнього сина, який проживав зі своєю матір'ю ОСОБА_1.1 по ІНФОРМАЦІЯ_2. 23 грудня 2008 року в денний час ОСОБА_3 в черговий раз приїхав провідати сина в ІНФОРМАЦІЯ_2. Перебуваючи у будинку, ОСОБА_3 попросив ОСОБА_1.1 дати йому чай, що та і зробила. Потім ОСОБА_3 попросив ОСОБА_1.1 поцілувати його, але вона відмовила. Після цього ОСОБА_3 у присутності ОСОБА_1.1 зателефонував своїй знайомій на ім'я Ольга і почав домовлятися з нею про зустріч. ОСОБА_1.1 образилась на таку поведінку ОСОБА_3 і попросила його негайно залишити будинок, позичивши йому 5 гривень на проїзд. У суперечку втрутилась мати засудженої – ОСОБА_4. Між нею та ОСОБА_3 почалася сварка, в процесі якої останній лаявся, штовхав її, пошкодив їй футболку. Цей конфлікт відбувався у присутності ОСОБА_1.1, яка тримала на руках дитину. Далі, коли ОСОБА_4 вийшла на веранду, щоб попросити свого сина ОСОБА_6.1 викликати міліцію, засуджена ОСОБА_1.1, поклавши сина на ліжко, зайшла до кухні, де взяла кухонний ніж, і тримаючи його у правій руці, підійшла до ОСОБА_3, який стояв обличчям до неї у дверному отворі між кухнею і передпокоєм, та, діючи умисно, з метою вбивства завдала кухонним ножем зверху вниз справа наліво удар у ліву половину грудної клітки ОСОБА_3, спричинивши пошкодження серця, від якого ОСОБА_3 помер на місці події.

Таким чином, встановлені судом фактичні обставини даної кримінальної справи не підтверджують того, що дії ОСОБА_1.1 щодо ОСОБА_3 виникли внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання чи тяжкої образи з боку потерпілого щодо засудженої, були раптовими та зумовленими її безпосередньою реакцією на дії потерпілого, тобто відбувались без розриву в часі між обставинами, які викликали у неї стан вираженої емоційної напруги, і подальшим вбивством.

За таких обставин, враховуючи встановлений судом характер взаємовідносин між засудженою та потерпілим, ретельне дослідження судом обставин розвитку подій 23 грудня 2008 року, дані двох стаціонарних судових психолого-психіатричних експертиз, зокрема щодо індивідуально-психологічних особливостей ОСОБА_1.1 (таких як ранимість, вразливість,

чутливість, схильність до застрявання на психотравмуючих ситуаціях з невмінням своєчасно на них відреагувати), які зумовили перебування засудженої під час подій у стані вираженої емоційної напруги, ступінь якої не досягав такого рівня, який позбавляв засуджену можливості усвідомлювати реальний зміст власних дій, повною мірою керувати ними та передбачати їх наслідки, дії ОСОБА_1.1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 115 КК.

В ухвалах судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року та від 30 жовтня 2012 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, однак слушно отримали інакшу кримінально-правову кваліфікацію, а саме за статтею 116 КК.

Так, у справі щодо ОСОБИ 6 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року) встановлено, що ситуація, яка передувала вчиненню злочину, супроводжувалася систематичністю знущань ОСОБИ 7 над ОСОБОЮ 6, про що знали всі оточуючі, у зв'язку з чим остання неодноразово зверталася до міліції. ОСОБА 6 зазнала психологічних страждань, відчувала приниження честі й гідності, образу, емоційне спустошення, що сприяло тривалому накопиченню у засудженої негативних емоційних переживань, а в день скоєння злочину знов зазнала знущань з боку ОСОБИ 7, була фізично та емоційно виснаженою. Все це в сукупності сприяло досягненню в ОСОБИ 6 максимуму емоційної напруги, яка спричинила протиправні дії щодо ОСОБИ 7 як суб'єкта, який постійно чинив психологічне та фізичне знущання над нею.

У справі щодо ОСОБИ 1 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 жовтня 2012 року) встановлено, що під час сварки зі своїм нетверезим співмешканцем ОСОБОЮ 2, що виникла на ґрунті особистих неприязних стосунків, у відповідь на його численні тяжкі словесні образи щодо неї, її матері, яка страждала на онкологічну хворобу, та малолітньої дитини від попереднього шлюбу, побиття й намагання задушити її, вона, перебуваючи на кухні, ножем, яким різала ковбасу, завдала удару в груди потерпілому, тобто реакція засудженої на дії потерпілого була миттєвою, без розриву в часі.

Зіставлення фактичних обставин оспорюваного та порівнюваних суспільно небезпечних діянь в обсягах, установлених в судових рішеннях, не дає підстав вважати, що до діяння ОСОБА_1.1 належало застосувати норму статті 116 КК, а не норму частини першої статті 115 КК. У свою чергу, ці висновки спростовують твердження у заяві про наявність неоднакового застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність (статті 116 КК) в подібних суспільно небезпечних діяннях.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23

Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника ОСОБА_2.1 про перегляд постановленої щодо ОСОБА_1.1 ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 жовтня 2013 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-39кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства з корисливих мотивів в аспекті розмежування його з умисним вбивством, вчиненим у стані сильного душевного хвилювання*)

Неправомірні дії потерпілого становлять обов'язкову умову вбивства у стані сильного душевного хвилювання.

Зазначені дії мають особливий характер. Специфіка таких дій полягає в тому, що вони обмежені в часі – тривалості стану фізіологічного афекту. Намір на вбивство тісно пов'язаний зі станом фізіологічного афекту. У цьому разі він виникає так несподівано, як і стан афекту, а реалізується негайно (відразу), до моменту закінчення цього стану. Тобто стан афекту супроводжує формування і реалізацію злочинного наміру. Формування мотиву і наміру вчинення злочину відбувається завжди непередбачувано та швидко, хоча й не так стрімко, як виникає афект, але неодмінно за неправомірною поведінкою потерпілого й безпосередньо під впливом стану афекту.

Поведінка особи у стані сильного душевного хвилювання визначається не заздалегідь обміркованою метою, а тим почуттям, що повністю захоплює особистість і викликає імпульсивні, підсвідомі дії. Якщо за ймовірним афектом приховується продумана підготовка до заздалегідь спланованого вбивства, такий злочин виключає кваліфікацію за статтею 116 КК.

(Витяг)

Вироком Менського районного суду Чернігівської області від 3 липня 2013 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за пунктом 6 частини другої статті 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк п'ятнадцять років з конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого; за частиною другою статті 263 КК — до позбавлення волі на строк два роки; за частиною другою статті 289 КК — до

позбавлення волі на строк п’ять років з конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого. На підставі частини першої статті 70 КК України за сукупністю злочинів шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк п’ятнадцять років з конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого.

ОСОБА_2 визнано винним у тому, що він 27 жовтня 2012 року після опівночі з наміром вчинити розправу над ОСОБА_3, щоб не повертати йому борги, вивіз потерпілого у безлюдне місце, що по ІНФОРМАЦІЯ_2, і там вбив його. Під час виконання задуманого ОСОБА_2 завдав ОСОБА_3 не менше шести ударів металевою трубою по голові. Утікаючи, ОСОБА_2 обшукав убитого, забрав мобільні телефони і ключі від автомобіля, а труп укинув у криницю. Після цього повернувся до помешкання, заволодів автомобілем ОСОБА_3 і відігнав до м. Чернігова, інсценуючи зникнення потерпілого.

Крім цього, ОСОБА_2 визнано винним у носінні холодної зброї без передбаченого законом дозволу.

Апеляційний суд Чернігівської області ухвалою від 23 жовтня 2013 року змінив вирок щодо ОСОБА_2: перекваліфікував його дії з частини другої на частину першу статті 289 КК, призначив за цим законом позбавлення волі на строк чотири роки та пом’якшив покарання за пунктом 6 частини другої статті 115 КК — позбавлення волі на строк дванадцять років з конфіскацією всього належного йому майна, а на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів визначив йому остаточне покарання — позбавлення волі на строк дванадцять років з конфіскацією всього належного йому майна.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 18 вересня 2014 року зазначене рішення апеляційного суду щодо ОСОБА_2 залишила без зміни.

У заяві захисник Мірошник О.М. просить переглянути рішення касаційного суду щодо ОСОБА_2 з підстави неоднакового застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Стверджує, що суд касаційної інстанції безпідставно погодився з висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА_2 за пунктом 6 частини другої статті 115 КК. Вважає, що дії засудженого належить кваліфікувати за статтею 116 КК, оскільки злочин було вчинено в стані сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними діями потерпілого. Зазначає, що засуджений не мав боргових зобов’язань перед потерпілим, а в такому разі корисливий мотив цього вбивства виключається.

На обґрунтування неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвали касаційного суду від 17 червня 2008 року, 11 серпня та 7 квітня 2011 року, в яких подібні суспільно небезпечні діяння було розцінено як умисні вбивства у стані сильного душевного хвилювання і кваліфіковано за статтею 116 КК.

Захисник просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ від 18 вересня 2014 року щодо ОСОБА_2, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення захисників засудженого Загальця О.М. і Мірошника О.М., які підтримали заяву, пояснення потерпілого ОСОБА_1.1, його представника Олійника С.М. та прокурора, які заперечували проти задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила прохання і дійшла висновку про нижчезазначене.

1. Підстава перегляду Судом зазначеного касаційного рішення щодо ОСОБА_2 в аспекті положень пункту 1 частини першої статті 445 КПК зумовлюється виключно тими фактичними обставинами, які встановлені судовими інстанціями і зазначені в рішеннях, що набрали законної сили.

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання.

3. Стаття 116 КК установлює кримінальну відповідальність за умисне вбивство у стані сильного душевного хвилювання (фізіологічного афекту), що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання або тяжкої образи з боку потерпілого. Ця норма містить специфічні (видові) ознаки складу злочину, які виокремлюють фактично вчинені дії як один із різновидів умисних убивств (статті 115 — 118 КК).

Специфічними (видовими) ознаками юридичного складу умисного вбивства, передбаченого статтею 116 КК, є: а) перебування винного в стані сильного душевного хвилювання (фізіологічного афекту) під час вчинення посягання на життя потерпілого; б) наявність причинового зв'язку між станом сильного душевного хвилювання і поведінкою потерпілого – протизаконним насильством, систематичним знущанням або тяжкою образою; в) заподіяння смерті тій особі, яка вчинила протизаконне насильство, систематичне знущання або тяжку образу.

Уживаючи у цій нормі поняття «стан сильного душевного хвилювання», законодавець не дає йому визначення, що нерідко зумовлює проблеми у правозастосовній практиці.

Об'єктом афектованого вбивства, як і будь-якого вбивства, є життя людини. Проте в аналізованому злочині об'єктом посягання є життя не будь-кого, а тієї особи, яка відіграє у структурі злочинного діяння далеко не останню (специфічну) роль. В аналізованому злочині присутній особливий потерпілий, не будь-який випадковий чи обраний (визначений) злочинцем із будь-яких своїх міркувань (намірів), а суб'єкт, який через свою певну (специфічну) поведінку щодо винного, стає потерпілим (жертвою) злочину.

Дії, які вчиняються в афектованому стані, мають особливий характер. Специфіка таких дій полягає в тому, що вони обмежені в часі — тривалості стану фізіологічного афекту.

Неправомірні дії потерпілого становлять обов'язкову умову вбивства у

стані сильного душевного хвилювання.

Намір на вбивство дуже тісно пов'язаний зі станом фізіологічного афекту. У цьому разі намір на вбивство виникає так несподівано, як і сам стан афекту, а реалізується негайно (відразу), до моменту закінчення цього стану. Тобто стан афекту супроводжує формування і реалізацію злочинного наміру. Формування мотиву і наміру вчинення злочину відбувається завжди непередбачувано та швидко, хоча й не так стрімко, як виникає афект, але неодмінно за неправомірною поведінкою потерпілого й безпосередньо під впливом стану афекту.

Стан сильного душевного хвилювання полягає в домінуванні у свідомості особи сильної емоції, що знижує контроль особи над вчинком, певним чином гальмує інтелектуальну діяльність, викликає феномен «звуження» свідомості.

Поведінка особи при сильному душевному хвилюванні регулюється не заздалегідь обміркованою метою, а тим почуттям, що повністю захоплює особистість і викликає імпульсивні, підсвідомі дії.

Окрім типових елементів складу умисного вбивства, цьому злочину притаманні такі особливі компоненти об’єктивної сторони, як час та обстановка, а також специфічний характер умислу – раптовий, афектований.

Якщо за ймовірним афектом приховується продумана підготовка до заздалегідь спланованого вбивства, такий злочин виключає кваліфікацію за статтею 116 КК. Характерною рисою афектованого наміру є те, що він виникає під безперервним, дедалі зростаючим до критичної межі хвилювання тиском емоцій, й у цьому сенсі він (намір) набуває змушеного характеру. Своєрідно змінюючи свідомість і переломлюючи волю винної особи, стан афекту «спонукає» її розв’язувати проблему і конфліктну ситуацію.

Отже, таке вбивство не може бути заздалегідь задуманим. У зв’язку з цим будь-які підготовчі дії до вбивства виключають застосування статті 116 КК.

4. Фактичну основу діяння ОСОБА_2, інкримінованого йому в провину, становили:

- тривалий час спільної бізнесової діяльності з ОСОБА_3;
- накопичення значних боргів перед ОСОБА_3;
- небажання виконувати боргові зобов’язання перед потерпілим;
- заздалегідь обдуманий і ретельно підготовлений план дій щодо вчинення розправи над кредитором (умовив потерпілого виїхати з ним і вивіз його до свого помешкання в безлюдне місце, де попередньо приготував засіб розправи і місце закопування трупа);
- рішучі і вивірені дії на місці виконання задуманого, спосіб вбивства (завдання не менше шести ударів металевою трубою по голові, заподіяння при цьому тілесних ушкоджень у вигляді відкритої черепно-мозкової травми, множинних переломів кісток черепа, забою головного мозку, субарахноїдальних крововиливів).

У цьому зв’язку особливе значення має поведінка засудженого після вчинення злочину. З метою приховати вбивство ОСОБА_2 вийняв з кишень вбитого мобільні телефони, ключі від його автомобіля, переніс та скинув труп разом із знаряддям злочину в криницю і засипав піском. Як ОСОБА_2 і

планував, повернувшись до під'їзду свого будинку, де ОСОБА_3 залишив свій автомобіль, заволодів його автомобілем та вирушив до м. Чернігова; і, знаючи про те, що в м. Чернігові на нього за домовленістю чекає знайомий, місце перебування якого він контролював у телефонному режимі весь цей час із сподіванням, що той відвезе його додому, залишив транспортний засіб потерпілого в м. Чернігові, імітуючи в такий спосіб зникнення вбитого, а по дорозі назад викинув у річку Снов телефони, що належали ОСОБА_3.

5. Із поєднання та оцінки установлених обставин у сукупності випливає, що такі дії ОСОБА_2 охоплюються диспозицією норми закону про кримінальну відповідальність за умисне вбивство з користі та кваліфікуються за пунктом 6 частини другої статті 115 КК.

Зіставляючи характер учинених ОСОБА_2 дій з особливістю природи корисливого мотиву (користь), можна дійти висновку, що в основі поведінки засудженого був намір уникнути боргів шляхом розправи над потерпілим; саме цей намір визначав суть і зміст учиненого злочину. Домінуючою ознакою (джерелом) поведінки ОСОБА_2 був корисливий мотив. Тому за змістом суб'єктивної сторони цей злочин є умисним, як він і був розцінений касаційним судом.

Отже, вбивство ОСОБА_3 було заздалегідь задумано і сплановано ОСОБА_2 з користі, а будь-які підготовчі дії до вбивства виключають застосування статті 116 КК. Користь є мотивом, у якому домінує свідомість. У цьому зв'язку користь не може бути мотивом злочину, вчиненого у стані сильного душевного хвилювання.

6. У наданих для порівняння ухвалі судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року й ухвалах Верховного Суду України від 17 червня 2008 року та 7 квітня 2011 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_2, однак небезпідставно отримали кримінально-правову кваліфікацію за статтею 116 КК.

У справі щодо ОСОБИ_6 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року) встановлено, що ситуація, яка передувала вчиненню злочину, супроводжувалася систематичними знущаннями ОСОБИ_7 над ОСОБОЮ_6. ОСОБА_6 зазнавала психологічних страждань, відчувала приниження честі й гідності, образу, емоційне спустошення, що сприяло тривалому накопиченню в неї негативних емоційних переживань, а в день скоєння злочину вона знову зазнала знущань з боку ОСОБИ_7, була фізично та емоційно виснаженою. Усе це в сукупності сприяло досягненню в ОСОБИ_6 максимуму емоційної напруги, яка спричинила протиправні дії щодо ОСОБИ_7.

У справі щодо ОСОБИ_5 (ухвала Верховного Суду України від 7 квітня 2011 року) встановлено, що ситуація, яка передувала вчиненню злочину, супроводжувалася почуттями приниження гідності, образи, зневажливого ставлення ОСОБА_7 до ОСОБА_5 у присутності дитини засудженого та співробітників його дружини, сприяли накопиченню у засудженого негативних

емоційних переживань, які призвели до формування у ОСОБА_5 предафектної ситуації та подальшої реалізації емоційної розрядки. Відповідно до висновків судово-психологічної та повторної судово-психологічної експертиз ОСОБА_5 у момент вчинення інкримінованого йому діяння знаходився у виключному емоційному стані фізіологічного афекту.

У рішенні щодо ОСОБИ_1 (ухвала Верховного Суду України від 17 червня 2008 року) встановлено, що вчиненню злочину сприяло почуття приниження гідності, образи, зневажливе ставлення потерпілої до ОСОБИ_1, що викликало тривале накопичення у засудженої негативних емоційних переживань. У день вчинення злочину ОСОБА_1 зазнала з боку потерпілої фізичного насильства та образ, що стало причиною подальшої кумуляції психоемоційної напруги та призвело до формування у засудженої стану психологічної фрустрації та подальшої реалізації емоційної розрядки.

8. Схожість зазначених суспільно небезпечних діянь повною мірою не уподібнює їх з діянням, учиненим ОСОБА_2, оскільки вони містять ознаки, якими відрізняються від діяння, учиненого ОСОБА_2 Насамперед ідеться про протизаконну і триваючу в часі аморальну поведінку з боку потерпілих, що передувала відповідним реакціям винуватих; специфічний характер їх умислу – раптовий, афектований; особливий емоційний стан цих осіб у даній конкретній ситуації. Таким чином, не дають можливості однакового застосування одних і тих самих норм матеріального закону.

Оскільки обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердились, підстав для визнання незаконним рішення касаційного суду щодо ОСОБА_2 немає.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

відмовити в задоволенні заяви захисника Мірошника О.М. про перегляд постановленої щодо ОСОБА_2 ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 вересня 2014 року.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: неправомірні дії потерпілого становлять обов’язкову умову вбивства у стані сильного душевного хвилювання.

Дії, які вчиняються в афектованому стані, мають особливий характер. Специфіка таких дій полягає в тому, що вони обмежені в часі — тривалості стану фізіологічного афекту. Намір на вбивство тісно пов'язаний зі станом фізіологічного афекту. У цьому разі він виникає так несподівано, як і стан афекту, а реалізується негайно (відразу), до моменту закінчення цього стану. Тобто стан афекту супроводжує формування і реалізацію злочинного наміру. Формування мотиву і наміру вчинення злочину відбувається завжди непередбачувано та швидко, хоча й не так стрімко, як виникає афект, але

неодмінно за неправомірною поведінкою потерпілого й безпосередньо під впливом стану афекту.

Поведінка особи у стані сильного душевного хвилювання регулюється не заздалегідь обміркованою метою, а тим почуттям, що повністю захоплює особистість і викликає імпульсивні, підсвідомі дії. Якщо за ймовірним афектом приховується продумана підготовка до заздалегідь спланованого вбивства, такий злочин виключає кваліфікацію за статтею 116 КК. Таке вбивство не може бути заздалегідь задуманим.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року у справі № 5-29кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони*)

Встановлені судом фактичні обставини справи свідчать, що дії потерпілого за своїми об'єктивними ознаками не могли створити реальну та безпосередню загрозу заподіяння шкоди для винуватої, які б у зв'язку з цим викликали невідкладну необхідність у заподіянні шкоди своєму чоловіку. А отже, вважати, що засуджена, завдаючи потерпілому зі значною силою удару ножем, перебувала в стані необхідної оборони, про що йдеться у заяві захисника, немає підстав. З огляду на зазначені обставини дії винуватої обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 115 КК.

(Витяг)

Вироком Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 26 квітня 2013 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, раніше не судиму, засуджено за частиною першою статті 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк десять років.

ОСОБА_1.1 визнано винною у тому, що вона 28 липня 2012 року о 23 год. 40 хв. у будинку ІНФОРМАЦІЯ_2, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, під час раптово виниклої сварки на ґрунті особистих неприязних відносин зі своїм чоловіком ОСОБА_2.1 умисно завдала йому одного удару кухонним ножем в грудну клітку справа, спричинивши проникаюче колото-різане поранення грудної клітки з пошкодженням правої легені та висхідного відділу дуги аорти, від якого потерпілий помер на місці.

Апеляційний суд Запорізької області ухвалою від 29 липня 2013 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1.1 залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 липня 2014 року касаційну скаргу засудженої ОСОБА_1.1 залишила без задоволення, а судові рішення щодо неї – без зміни.

У заяві про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня 2014 року з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), захисник Коваль П.Ю. зазначає, що касаційний суд безпідставно погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій щодо кваліфікації дій його підзахисної.

Заявник вважає, що мотивом дій ОСОБА_1.1 був захист від посягання на її життя з боку свого чоловіка і вона, застосувавши кухонний ніж як засіб захисту, позбавила ОСОБА_2.1 життя при перевищенні меж необхідної оборони.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду заявник долучив копію ухвали Верховного Суду України від 12 вересня 2006 року щодо ОСОБА_2 і копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 жовтня 2013 року щодо ОСОБА_1. Касаційний суд залишив без зміни судові рішення, постановлені у цих справах, визнавши правильною кваліфікацію дій засуджених за статтею 118 КК як вчинення ними умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони.

Для порівняння заявник послався також на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 червня 2014 року, якою ухвалу Апеляційного суду Луганської області від 23 липня 2013 року щодо ОСОБА_6, засудженої вироком Краснолуцького міського суду Луганської області від 14 березня 2013 року за частиною першою статті 115 КК, скасовано і призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Вважає, що в порівнюваних судових рішеннях касаційний суд правильно застосував кримінальний закон, розцінивши дії засуджених як умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони (а в судовому рішенні щодо ОСОБА_6 касаційний суд визнав сумнівним кваліфікацію дій засудженої за частиною першою статті 115 КК), проте в оскарженому судовому рішенні за подібних фактичних обставин діям ОСОБА_1.1 дав іншу кримінально-правову оцінку.

Просить ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня 2014 року щодо ОСОБА_1.1 скасувати.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Коваля П.Ю. на підтримку поданої заяви, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали провадження, проаналізувала наукові висновки, підготовлені членами Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, та, обговоривши доводи заяви, дійшла висновку про таке.

Кримінальна справа щодо ОСОБА_1.1 про перегляд ухвали суду касаційної інстанції з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року, за заявою захисника Коваля П.Ю. допущена до

провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), главою 32^1 КПК 1960 року.

Перегляд судових рішень із зазначеної підстави передбачає перевірку висновку застосування норми матеріального права судом касаційної інстанції у зіставленні з висновком, якого суд касаційної інстанції дійшов у порівнюваному рішенні, виходячи при цьому з установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили.

Предметом перегляду справи є неоднаковість розуміння стану необхідної оборони та розмежування умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони й умисного вбивства без пом'якшуючих обставин.

За змістом статті 36 КК необхідна оборона – це правомірний захист охоронюваних законом прав та інтересів особи, суспільства або держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, необхідної і достатньої в даній обстановці шкоди, що відповідає небезпеці посягання й обстановці захисту.

Право на необхідну оборону виникає лише за наявності для цього певних умов, визначених законом. Такими, відповідно до частини першої статті 36 КК, є будь-які дії особи, які безпосередньо спрямовані на заподіяння негайної і невідворотної істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам особи, яка захищається, та у зв'язку з цим вимагають свого негайного відвернення або припинення. А така необхідність виникає тоді, коли зволікання з боку того, хто обороняється, в заподіянні шкоди тому, хто посягає, загрожує негайною і невідворотною шкодою для охоронюваних законом прав та інтересів.

В основі розмежування умисного вбивства (частина перша статті 115 КК) та умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони (стаття 118 КК) перебуває мотив діяння – захист винною особою охоронюваних законом прав та інтересів від суспільно небезпечного посягання.

ОСОБА_1.1 обвинувачувалась у вчиненні умисного вбивства, від цього обвинувачення захищалась у суді й за вчинення вказаного злочину була засуджена. Касаційний суд погодився з таким правозастосуванням.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що між ОСОБА_1.1 та її чоловіком під час спільного вживання спиртних напоїв виникла побутова сімейна сварка, в ході якої вона з мотиву особистої неприязні завдала чоловікові прицільного удару кухонним ножем у грудну клітку, внаслідок чого ОСОБА_2.1 від отриманих тілесних ушкоджень помер на місці. Як було з'ясовано, під час вчинення діяння ОСОБА_1.1 перебувала у стані алкогольного сп'яніння; характер стосунків між потерпілим і ОСОБА_1.1 напередодні та під час події був для неї звичайним і відповідав укладу, що сформувався у їхній сім'ї; дані огляду місця події свідчать про те, що порядок у кімнаті, де знаходилась ОСОБА_1.1 і потерпілий, не був порушений, там, окрім кухонного ножа, знаходилися й інші предмети побуту.

Встановлені судом фактичні обставини справи свідчать, що дії потерпілого

за своїми об'єктивними ознаками не могли створити реальну та безпосередню загрозу заподіяння шкоди для ОСОБА_1.1, які б у зв'язку з цим викликали невідкладну необхідність у заподіянні шкоди своєму чоловіку. А отже, вважати, що засуджена, завдаючи потерпілому зі значною силою удару ножем, перебувала в стані необхідної оборони, про що йдеться у заяві захисника, немає підстав. З огляду на зазначені обставини дії ОСОБА_1.1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 115 КК.

У наданих для порівняння копії ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 жовтня 2013 року щодо ОСОБА_1 та копії ухвали Верховного Суду України від 12 вересня 2006 року щодо ОСОБА_2 фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину до обставин діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, однак слушно отримали інакшу кримінально-правову оцінку за статтею 118 КК.

Так, у справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що під час конфлікту потерпілий намагався кілька разів вдарити засудженого табуретом, внаслідок чого ОСОБА_1, захищаючись від нього, завдав потерпілому удару ножем у грудну клітку. Касаційний суд визнав, що в ситуації, яка склалась, ОСОБА_1 діяла у стані необхідної оборони при перевищенні її меж, оскільки засуджений за фізичними даними поступався потерпілому (мав істотний фізичний недолік – відсутність ноги) та діяв у несприятливій для себе обстановці захисту.

У іншій справі щодо ОСОБА_2 касаційний суд встановив, що під час конфлікту ОСОБА_5 завдав двох ударів в обличчя ОСОБА_2, від чого ОСОБА_2 упав та мав підстави вважати, що дії потерпілого є загрозливими для його життя і мали агресивний характер, але через стан сильного душевного хвилювання, викликаного конфліктом, ОСОБА_2 не усвідомлював помилковості свого припущення щодо загрози своєму життю і, перевищуючи межі необхідної оборони, завдав ОСОБА_5 удару в грудну клітку металевою пластиною, яка як засіб захисту не відповідала характеру і небезпеці посягання.

Водночас зазначена схожість суспільно небезпечних діянь у цих справах повною мірою не уподібнює їх із діянням, вчиненим ОСОБА_1.1, оскільки вони містять ознаки, якими різняться між собою, а саме: за характером небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася; раптовістю нападу; фізичними даними та особливим емоційним станом цієї особи, і, таким чином, унеможливлюють однакове застосування до них одних і тих самих норм матеріального закону.

Посилання у заяві захисника Коваля П.Ю. на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 червня 2014 року щодо ОСОБА_6 про скасування судового рішення суду апеляційної інстанції не може бути визнане прикладом для порівняння, оскільки це судове рішення за своїм юридичним значенням не є остаточним.

З огляду на те, що фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, та їх правова оцінка не зумовили неоднакового застосування однієї й тієї самої норми кримінального закону, підстав для втручання у рішення суду касаційної інстанції немає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального

процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви захисника Коваля П.Ю.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-27кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони*)

Для вирішення питання про кваліфікацію злочину, пов'язаного з умисним позбавленням життя особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання.

У тому випадку, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися), такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах.

(Витяг)

Вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області від 12 листопада 2013 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк одинадцять років.

ОСОБА_2 визнано винуватим у тому, що він 25 квітня 2013 року після опівночі, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, поблизу ІНФОРМАЦІЯ_2 під час конфлікту з ОСОБА_3, що виник на ґрунті особистих неприязних стосунків, умисно вдарив його колюче-ріжучим предметом у груди, внаслідок чого той помер.

Апеляційний суд Волинської області ухвалою від 29 січня 2014 року вирок щодо ОСОБА_2 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 5 червня 2014 року зазначені судові рішення щодо ОСОБА_2

залишила без змін.

У заяві захисник просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 червня 2014 року, а справу направити на новий касаційній розгляд. Він стверджує, що дії ОСОБА_2 кваліфіковано неправильно, оскільки засуджений вчинив умисне вбивство потерпілого при перевищенні меж необхідної оборони. На думку захисника, засуджений зазнав протиправного нападу з боку ОСОБА_3 і, захищаючись, діяв у стані необхідної оборони, але перевищив її межі. Вважає, що дії ОСОБА_2 необхідно кваліфікувати не за статтею 115 КК, а за статтею 118 КК, як і діяння, інкриміновані особам у рішеннях, які надаються для порівняння.

Як на приклад неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 грудня 2011 року, зі змісту якої вбачається, що вироком місцевого суду ОСОБА_5 засуджено за частиною першою статті 115 КК за те, що в результаті конфлікту, який виник на побутовому рівні, умисно почав завдавати численні удари по тулубу потерпілого складним ножем, заподіявши останньому тяжкі тілесні ушкодження, які є небезпечними для життя в момент заподіяння та перебувають у прямому причинному зв'язку з настанням смерті потерпілого. Апеляційний суд змінив вирок місцевого суду і перекваліфікував дії засудженого з частини першої статті 115 КК на статтю 118 КК, дійшовши висновку, що засуджений не мав умислу на вбивство потерпілого. Касаційний суд погодився з висновком апеляційного суду.

У рішенні касаційного суду від 11 червня 2013 року вказано, що ОСОБА_5 засуджено за статтею 118 КК за те, що під час святкування Нового року на ґрунті особистих неприязних стосунків виникла сварка з ОСОБА_6, яка переросла у бійку, але вона була припинена присутніми. Після цього ОСОБА_6 запросив ОСОБА_5 у загальний коридор гуртожитку для розмови, під час якої почав завдавати останньому тілесні ушкодження. ОСОБА_5, захищаючись від ударів ОСОБА_6, умисно завдав удар ножем потерпілому, внаслідок чого він помер. Суди апеляційної та касаційної інстанцій залишили без зміни рішення суду першої інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю обставин, які підтверджують неоднакове застосування норм закону України про кримінальну відповідальність, дослідила матеріали справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви та дійшла висновку про таке.

Верховний Суд України (далі – Суд) переглядає ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 червня 2014 року щодо ОСОБА_2 за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК).

Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної

інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони.

Правові висновки у цьому питанні Судом надавались (справи: № 5-12кс14, № 5-29кс14, № 5-34кс14), вони зводились до наступного.

Особливістю злочину, вчиненого з перевищенням меж необхідної оборони, є специфіка його мотиву, а саме: прагнення захистити інтереси особи, держави, суспільні інтереси, життя, здоров'я чи права того, хто обороняється, чи іншої особи від суспільно небезпечного посягання. Намір захистити особисті чи суспільні інтереси від злочинного посягання є визначальним мотивом не тільки у випадку необхідної оборони, а й при перевищенні її меж. При цьому перевищення меж оборони може бути зумовлене й іншими мотивами, наприклад: наміром розправитися з нападником через учинений ним напад, страхом тощо. Проте існування різних мотивів не змінює того, що мотив захисту є основним стимулом, який визначає поведінку особи, яка перевищила межі необхідної оборони. Мотивація дій винного при перевищенні меж необхідної оборони має бути в основному зумовлена захистом від суспільно небезпечного посягання охоронюваних законом прав та інтересів.

У тому випадку, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися), такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах.

За фактичними обставинами справи конфлікт біля магазину спровокував засуджений ОСОБА_2. Саме він, побачивши незнайомого йому ОСОБА_3, несподівано образив його. ОСОБА_3 обурився. Почувши на свою адресу образливі слова, він змушений був захищати себе, свою гідність. Розпочався конфлікт і бійка, яку припинив очевидець. ОСОБА_2 це не зупинило. Він покинув місце події, але незабаром повернувся і знову зчепився з ОСОБА_3. Розв'язав бійку вдруге і, маючи при собі металевий гострий предмет (типу слюсарного інструменту, довжиною – не менше 10 см), вдарив ним потерпілого в груди, а сам утік.

Значення має поведінка ОСОБА_2 після нанесення ним удару металевим предметом потерпілому.

Такі обставини дають підстави для висновку, що ОСОБА_2 не перебував у стані необхідної оборони, бо не зазнавав суспільно небезпечного посягання з боку ОСОБА_3, навпаки, ОСОБА_3 зазнав спочатку образи, а потім і насильства з боку засудженого. Намір ОСОБА_2 вчинити розправу над ОСОБА_3 домінував під час бійки і був визначальним мотивом нанесення удару потерпілому колюче-ріжучим предметом у життєво важливий орган – ділянку серця (застосований предмет проник у груди потерпілого на всю довжину клинка).

Поєднання обставин, обстановки та умов, за яких було вчинено вбивство ОСОБА_3, давало суду касаційної інстанції підстави вважати, що його вчинення було викликане бажанням ОСОБА_2 вчинити розправу над потерпілим. Сукупність таких обставин виключає кваліфікацію умисного вбивства у стані необхідної оборони.

У рішеннях, наданих для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, подібні за окремими елементами складу злочину, вчиненого ОСОБА_2, однак не уподібнюють фактичні обставини цих діянь настільки, щоб визнавати їх однаковими (тотожними) і робити висновок про помилку у виборі та неоднаковому застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Зміст (характер) фактичних обставин справи у сукупності визначав застосування відповідної кримінально - правової оцінки кожного із зазначених діянь.

У рішенні щодо ОСОБА_5 встановлено, що у потерпілого ОСОБА_6 виник конфлікт з потерпілою ОСОБА_7, яку він вдарив. Коли засуджений ОСОБА_5 заступився за неї, то ОСОБА_6 вдарив його і почав душити. Тільки після цього засуджений застосував ніж щодо потерпілого ОСОБА_6.

В іншому рішенні щодо ОСОБА_5 касаційний суд встановив, що під час святкування Нового року у кімнаті гуртожитку через незначний привід потерпілий ОСОБА_6 намагався завдати удари засудженому ОСОБА_5, повалив його на ліжко, однак їх розборонили. У кімнаті засуджений ніж не виймав і не намагався його застосувати, проявів агресії не виявляв. Згодом саме потерпілий ОСОБА_6 запропонував вийти засудженому ОСОБА_5 у коридор і не бажав, щоб хтось був присутнім під час їх розмови. Свідків, які б бачили, як ОСОБА_5 спричинив потерпілому ОСОБА_6 тілесне ушкодження, не було. Згідно з медичною довідкою у засудженого ОСОБА_5 було виявлено тілесні ушкодження, які згідно з висновком експерта відносяться до середнього ступеня тяжкості.

Оскільки, ознаки складу злочину суспільно небезпечного діяння, вчиненого ОСОБА_2, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною першою статті 115 КК, вони точно з цією нормою отримали й кримінально-правову оцінку (кваліфіковані) в оспореному рішенні. Вважати, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї і тієї самої норми закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, підстав немає.

Керуючись статтями 445, 454, 456 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

Відмовити у задоволенні заяви захисника ОСОБА_1.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 445 цього Кодексу.

Для вирішення питання про кваліфікацію злочину, пов’язаного з умисним позбавленням життя особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання.

У тому випадку, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися),

такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 грудня 2015 року у справі № 5-125кс15

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони*)

Для вирішення питання про кваліфікацію злочину, пов'язаного з умисним позбавленням життя особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному конкретному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання.

У разі, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися), такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах.

(Витяг)

Новокаховський міський суд Херсонської області вироком від 13 червня 2013 року засудив ОСОБА_1, ДАТА_1, такого, що не має судимості, за частиною першою статті 115 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк дев'ять років.

ОСОБА_1 засуджено за те, що він 22 жовтня 2011 року приблизно о 21 год. 30 хв., перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, поблизу кафе-бару ПП "Матяш", АДРЕСА_1, під час сварки з ОСОБА_2, яка виникла на грунті особистих неприязних стосунків, діючи з прямим умислом на позбавлення життя, завдав останньому удар ножем у життєво важливий орган – шию, внаслідок чого 23 жовтня 2011 року настала смерть потерпілого.

Апеляційний суд Херсонської області ухвалою від 24 грудня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Касаційний суд - колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – за наслідками перегляду ухвалою від 19 березня 2015 року зазначені судові рішення щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Приводом для перегляду справи Верховним Судом України стала заява захисника Шиліна Є.Ю., а підставами – твердження в заяві про неоднакове застосування касаційним судом однієї і тієї самої норми права, передбаченої

законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку захисника, засуджений ОСОБА_1 не мав би нести відповідальність за інкриміноване йому діяння, передбачене частиною першою статті 115 КК, оскільки потерпілий ОСОБА_2 першим почав завдавати ОСОБА_1 тілесні ушкодження, наявність яких стверджується висновками судово-медичного освідування. А тому захисник вважає, що ОСОБА_1 вчинив умисне вбивство ОСОБА_2 при перевищенні меж необхідної оборони.

Також захисник вказує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої Кримінальним процесуальним кодексом України (далі-КПК), що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Захисник стверджує, що, скасовуючи вирок суду першої інстанції від 12 липня 2012 року апеляційний суд у своїй ухвалі від 4 вересня 2012 року зазначив, що місцевим судом необгрунтовано взято до уваги показання одних свідків та відкинуто показання інших свідків, не усунуто суперечності в показаннях свідків, під час судового засідання не повністю було встановлено та відтворено події, під час яких вчинено злочин. Проте місцевий суд, розглядаючи справу в порядку статті 375 КПК України 1960 року, не виконав вказівки суду апеляційної інстанції.

Апеляційний суд, розглядаючи апеляції захисника і засудженого, не звернув уваги на допущені судом першої інстанції порушення та, по суті, залишив поза увагою основний довід апеляції й не дав на нього вичерпної відповіді.

Суд касаційної інстанції, розглядаючи справу щодо ОСОБА_1, не виявив порушень частини сьомої статті 374 та статті 377 КПК, оскільки місцевим судом не було дотримано вказівок апеляційного суду, які є обов'язковими при повторному розгляді справи, а в ухвалі апеляційного суду неспростовано всіх доводів апеляцій захисника і засудженого.

Як приклад неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвалу касаційного суду від 13 березня 2007 року, зі змісту якої видно, що вироком місцевого суду особу засуджено за частиною першою статті 115 КК, за те, що вона, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, у ході конфлікту чоловік завдав сину удар дошкою по голові, засуджена спробувала зупинити чоловіка, а той намагався вдарити її пляшкою по голові, захищаючись, вона схопила зі столу ножа, яким завдала потерпілому один удар у груди, від якого той помер.

Апеляційний суд, з яким погодився суд касаційної інстанції, перекваліфікував дії вказаної особи з частини першої статті 115 на статтю 118 КК, оскільки потерпілий першим почав завдавати удари синові та засудженій, а остання, завдаючи удар чоловікові ножем, захищала себе від наявного, протиправного і суспільно небезпечного посягання з його боку, але застосувала таку зброю і заподіяла таку шкоду потерпілому, які явно не відповідали небезпечності посягання та обстановці злочину, тобто вчинила умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних

справ рішенням від 1 грудня 2011 року скасував ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА 6 у зв'язку з тим, що суд першої інстанції, при призначенні покарання, не виконав вказівки апеляційного суду, які є обов'язковими при повторному розгляді справи. Крім того, зміст ухвали суду апеляційної інстанції не відповідає вимогам ст. 377 КПК через не спростування всіх доводів та не наведення достатніх підстав, з яких апеляції залишені без задоволення.

У заяві, захисник Шилін Є.Ю. просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 березня 2015 року щодо ОСОБА_1, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Шиліна Є.Ю., який підтримав заяву, прокурора Курапова М.В. про безпідставність доводів заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

Кримінальну справу про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою захисника Шиліна Є.Ю. допущено до провадження Суду в порядку, передбаченому главою 33 КПК, з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, та з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої цим Кодексом, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень (пункти 1, 2 статті 445 КПК).

Предметом перегляду цієї справи є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони.

У своїй практиці Суд уже неодноразово висловлював свою позицію з цього питання у правозастосуванні (справи № 5-12 кс 14, № 5-27 кс 14, № 5-29 кс 14, № 5-34 кс 14).

Суд зазначає, що закріплене в статті 36 КК право кожної особи на необхідну оборону є важливою гарантією реалізації конституційного положення про те, що кожний має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань (частина третя статті 27 Конституції України).

Особливістю злочину, вчиненого з перевищенням меж необхідної оборони, є специфіка його мотиву, а саме прагнення захистити інтереси особи, держави, суспільні інтереси, життя, здоров'я чи права того, хто обороняється, чи іншої особи від суспільно небезпечного посягання. Намір захистити особисті чи суспільні інтереси від злочинного посягання є визначальним мотивом не тільки у разі необхідної оборони, а й при перевищенні її меж. При цьому перевищення меж оборони може бути зумовлене й іншими мотивами, наприклад: наміром розправитися з нападником через учинений ним напад, страхом тощо. Проте існування різних мотивів не змінює того, що мотив захисту є основним стимулом, який визначає поведінку особи, яка перевищила межі необхідної

оборони. Мотивація дій винного при перевищенні меж необхідної оборони має бути в основному зумовлена захистом від суспільно небезпечного посягання охоронюваних законом прав та інтересів.

Таким чином, для вирішення питання про кваліфікацію складу злочину, пов'язаного з умисним позбавленням життя особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному конкретному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання.

У разі, коли визначальним у поведінці особи було не відвернення нападу та захист, а бажання спричинити шкоду потерпілому (розправитися), такі дії за своїми ознаками не становлять необхідної оборони, вони набувають протиправного характеру і мають розцінюватись на загальних підставах.

Повертаючись до справи, що розглядається, Суд убачає, що конфлікт у барі спровокував засуджений ОСОБА_1. Коли ОСОБА_3 відмовили в продажу пива в барі, пояснивши, що бар замовлено для святкування дня народження і він не працює, то ОСОБА_1 разом з ОСОБА_3 знову зайшли до бару і наполягали, щоб їм продали пиво та каву. Коли до вказаних осіб підійшли ОСОБА_4 і ОСОБА_5, які святкували день народження, і попросили їх вийти з приміщення бару, то ОСОБА_1 і ОСОБА_3 почали розмовляти з ними на підвищених тонах, при цьому засуджений дістав ножа та тримаючи його в руці, сказав, що все можна вирішити по-іншому. Коли ОСОБА_4 і потерпілому ОСОБА_2 вдалося вивести ОСОБА_1 на вулицю, то між потерпілим і засудженим виникла бійка, в ході якої останній завдав ОСОБА_2 удару ножем в шию, після чого втік.

Такі обставини дають підстави для висновку, що ОСОБА_1 не перебував у стані необхідної оборони, бо не зазнавав суспільно небезпечного посягання з боку ОСОБА_2. Намір ОСОБА_1 вчинити розправу над ОСОБА_2 домінував під час бійки і був визначальним мотивом завдання удару потерпілому ножем у життєво важливий орган – шию.

Поєднання обставин, обстановки та умов, за яких було вчинено вбивство ОСОБА_2, давало суду касаційної інстанції підстави вважати, що його вчинення цього злочину було викликано бажанням ОСОБА_1 вчинити розправу над потерпілим. Сукупність таких обставин виключає кваліфікацію умисного вбивства в стані необхідної оборони.

У рішенні, наданому для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні за окремими елементами складу злочину, вчиненого ОСОБА_1, однак не уподібнюють фактичні обставини цих діянь настільки, щоб визнавати їх однаковими (тотожними) і робити висновок про помилку у виборі та неоднаковому застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Зміст (характер) фактичних обставин справи в сукупності визначав застосування відповідної кримінально-правової оцінки кожного із зазначених діянь.

Так, у рішенні наданому для порівняння, встановлено, що чоловік засудженої завдав сину удар дошкою по голові, а коли жінка спробувала заступитися за сина, то потерпілий намагався також вдарити її пляшкою по голові й тільки після цього засуджена застосувала ніж.

Оскільки ознаки складу злочину суспільно небезпечного діяння, вчиненого ОСОБА_1, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною першою статті 115 КК, вони й отримали за цією нормою кримінально-правову оцінку (кваліфіковані) в оспореному рішенні. Вважати, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї і тієї самої норми закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, підстав немає.

Що стосується тверджень захисника Шиліна Є.Ю. про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої КПК, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, (тобто пункту 2 статті 445 КПК), то Суд дійшов наступного висновку.

Пункт 2 статті 445 КПК було викладено в новій редакції згідно із Законом України від 12 лютого 2015 року № 192-VIII "Про забезпечення права на справедливий суд" (далі – Закон № 192-VIII), який набрав чинності 28 березня 2015 року.

Відповідно до статті 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Які саме суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили, визначає кримінальне законодавство.

Кримінально процесуальним законодавством визначається порядок провадження в кримінальних справах, тобто порядок вчинення процесуальних дій і прийняття кримінальних процесуальних рішень.

На відміну від кримінального матеріального закону, новий кримінальний процесуальний закон не має зворотної дії навіть у тих випадках, коли його правила є більш сприятливими для учасників кримінального провадження. Це положення випливає з частини першої статті 5 КПК, відповідно до якої процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення.

Таким чином, за загальним правилом, пункт 2 статті 445 КПК у редакції Закону № 192-VIII належить застосувати з дати набрання цим Законом чинності. Тобто предметом перегляду Суду із зазначеної підстави можуть бути лише ухвали суду касаційної інстанції, постановлені 28 березня 2015 року й пізніше.

На момент постановлення 19 березня 2015 року оскаржуваної ухвали суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1 стаття 445 КПК не передбачала такої підстави для перегляду Судом судових рішень, що набрали законної сили, як неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої цим Кодексом, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Право на звернення до Суду про перегляд судових рішень із зазначеної підстави виникло з дня набрання чинності 28 березня 2015 року Закону № 192-VIII. А тому, оскільки ухвалу касаційного суду щодо ОСОБА_1, про перегляд якої заявляє клопотання захисник Шилін Є.Ю., постановлено 19 березня 2015 року, відсутні підстави, передбачені пунктом 2 статті 445 КПК, для перегляду вказаного судового рішення Судом.

Оскільки обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердилися, заяву не може бути задоволено.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

Відмовити в задоволенні заяви захисника Шиліна Є.Ю.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2016 року у справі № № 5541296514-к

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його з умисним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони*)

Стан необхідної оборони виникає лише за наявності для неї підстави, зокрема, вчинення суспільно небезпечного посягання, що викликає у того, хто захищається, необхідність у його негайному відверненні чи припиненні шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди.

Юридична оцінка вчиненого винуватим діяння як умисного убивства за частиною першою статті 115 КК є правильною, оскільки даних на підтвердження обстановки необхідної оборони не виявлено.

(Витяг)

Вироком Октябрського районного суду м. Полтави від 6 квітня 2015 року ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженця м. Полтави, громадянина України, раніше не судимого, засуджено за частиною першою статті 118 Кримінального кодексу України (далі - КК) до покарання у виді обмеження волі строком на три роки.

Вироком апеляційного суду Полтавської області від 24 липня 2015 року вирок районного суду в частині кваліфікації дій засудженого і призначення покарання скасовано та ухвалено новий вирок, яким визнано ОСОБА_3 винним у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 115 КК, та призначено йому покарання у виді позбавлення волі строком на дев'ять років. В іншій частині вирок місцевого суду залишено без зміни.

За вироком апеляційного суду ОСОБА_3 визнаний винним у тому, що він 8 червня 2014 року у вечірній час за місцем свого фактичного проживання (АДРЕСА_1) під час вживання спиртних напоїв зі своїми знайомими, у тому числі й з ОСОБА_4, який у той час вів телефонні переговори з ОСОБА_5, довідався, що останній має перед ОСОБА_4 борг. З метою його повернення та вирішення конфлікту ОСОБА_3 втрутився у телефонну розмову та вирішив негайно здійснити «розбору» з ОСОБА_5, домовившись із ним про зустріч.

Приблизно о 00.05 год. 9 червня 2014 року ОСОБА_3 разом з ОСОБА_4 прибули до воріт домоволодіння АДРЕСА_2, звідки до них вийшов ОСОБА_5 При цьому конфлікт, який розпочався зі словесної перепалки по телефону, переріс у бійку, під час якої ОСОБА_5 вдарив кулаками по обличчю і ногою по лівій нозі ОСОБА_3 Коли вони обидва впали на землю, під час боротьби ОСОБА_5 схопив ОСОБА_3 руками за шию, а останній, знайшовши поряд колюче-ріжучий предмет, схожий на ніж, умисно, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх дій та бажаючи настання суспільно небезпечних наслідків у виді смерті ОСОБА_5, завдав ним потерпілому 4 удари в різні анатомічні частини тіла. Смерть ОСОБА_5 настала від проникаючого колото-різаного поранення грудної клітки зліва, з пошкодженням серцевої сорочки та правого шлуночка серця, що призвело до тампонади серця у порожнині серцевої сорочки кров'ю.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2016 року вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_3 залишено без зміни.

Приводом перегляду справи Верховним Судом України (далі - Суд) стала заява захисників ОСОБА_2 та ОСОБА_1, а підставами - твердження в заяві про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, та про невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Суду.

На думку захисників, дії ОСОБА_3 отримали неправильну юридичну оцінку за частиною першою статті 115 КК, оскільки ОСОБА_5 першим почав завдавати ударів ОСОБА_3 та після того, як вони разом впали, схопив засудженого за шию, і лише вже після цього останній завдав потерпілому ударів знайденим поряд колюче-ріжучим предметом, схожим на ніж. Тому захисники вважають, що засуджений вчинив злочин із мотивів захисту від протиправних дій потерпілого, які становили реальну загрозу для його життя і здоров'я, однак перевищив при цьому межі необхідної оборони, тобто вчинив злочин, передбачений статтею 118 КК.

Як приклад неоднакового правозастосування за пунктом 1 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу (далі - КПК) захисники посилаються на ухвали суду касаційної інстанції. Зокрема, ухвалу касаційного суду від 12 вересня 2006 року, зі змісту якої видно, що касаційна інстанція залишила без зміни судові рішення щодо ОСОБИ_2, засудженого за статтею 118 КК, не погодившись із доводами касаційної скарги потерпілої про

необхідність кваліфікації дій засудженого за статтею 115 КК, зазначивши в ухвалі, що в обстановці, яка склалася, а саме завдання ОСОБІ_2 ОСОБОЮ_5 під час конфлікту двох ударів в обличчя, від чого ОСОБА_2 впав, останній мав підстави вважати, що дії потерпілого є загрозливими для його життя і мали агресивний характер, але через стан сильного душевного хвилювання, викликаного конфліктом, ОСОБА_2 не усвідомлював помилковості свого припущення щодо загрози своєму життю і, перевищуючи межі необхідної оборони, завдав ОСОБІ_5 удару в груди металевою пластиною, яка, як спосіб захисту, не відповідала характеру і небезпеці посягання.

З рішення касаційного суду від 20 грудня 2011 року видно, що у потерпілого ОСОБА_6 виник конфлікт з потерпілою ОСОБА_7, яку він вдарив й після того, як засуджений заступився за неї, то ОСОБА_6 вдарив його та став душити, від чого у засудженого почало темніти в очах. Тільки після цього, не маючи іншої можливості уникнути подальшого насильства з боку потерпілого, засуджений застосував ніж. За таких обставин касаційний суд погодився з рішенням апеляційного суду про перекваліфікацію дій засудженого із частини першої статті 115 КК на статтю 118 КК.

В ухвалі від 11 червня 2013 року щодо ОСОБА_5 касаційним судом встановлено, що через незначний привід під час святкування Нового року в кімнаті гуртожитку потерпілий намагався завдати удари засудженому, повалив його на ліжко, однак їх розборонили. При цьому засуджений ножа не виймав і не намагався його застосувати, проявів агресії не виявляв. Згодом потерпілий запропонував вийти засудженому ОСОБА_5 в коридор і не бажав, щоб хтось був присутнім під час їх розмови. У коридорі потерпілий почав завдавати засудженому тілесні ушкодження. ОСОБА_5, захищаючись від ударів ОСОБА_6, умисно завдав удар ножем потерпілому, внаслідок чого від отриманих тілесних ушкоджень потерпілий помер. Суд касаційної інстанції погодився з висновками місцевого та апеляційного судів про кваліфікацію дій засудженого за статтею 118 КК.

Як видно з рішення від 22 жовтня 2013 року, спростовуючи доводи касаційної скарги прокурора про неправильність кваліфікації дій Суду за статтею 118 КК, касаційний суд зазначив, що, завдавши ОСОБА_2, коли той намагався кілька разів ударити засудженого табуретом, удар в грудну клітку ножем, який взяв зі столу, спричинивши тілесні ушкодження, від яких потерпілий помер, засуджений діяв у стані необхідної оборони, оскільки мав істотний фізичний недолік (відсутність ноги), а тому поступався можливостями нападнику й діяв у несприятливій для себе обстановці захисту у зв'язку з обмеженням у вільному переміщенні через інтер'єр кімнати, однак перевищив її межі.

На обґрунтування своєї заяви з підстави невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України (пункт 3 частини першої статті 445 КПК), заявники посилаються на постанови від 15 травня 2014 року, 27 листопада 2014 року, 22 січня 2015 року, 30 жовтня 2014 року та від 17 грудня 2015 року, у яких, як зазначено в заяві, містяться висновки щодо розмежування

умисного вбивства (стаття 115 КК) від умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (стаття 118 КК). Вважають, що рішення суду касаційної інстанції не відповідає висновкам, викладеним у зазначених постановах ОСОБА_1, оскільки наявні в засудженого тілесні ушкодження, зокрема струс головного мозку та садна на шиї, свідчать, що з боку потерпілого мало місце суспільно небезпечне посягання, що, у свою чергу, викликало в засудженого необхідність його негайного відвернення чи припинення, під час якого він перевищив межі необхідної оборони.

Також заявники зазначають про порушення апеляційним судом вимог кримінального процесуального закону.

У своїй заяві захисники ОСОБА_2 і ОСОБА_1 порушують питання про скасування вироку апеляційного суду Полтавської області від 24 липня 2015 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2016 року щодо ОСОБА_3 з направленням справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Крім того, захисники просять вирішити питання про звільнення ОСОБА_3 після відбуття строку покарання, призначеного за вироком суду першої інстанції, у виді обмеження волі на строк три роки.

Судова палата у кримінальних справах Суду заслухала суддю-доповідача, захисника ОСОБА_1, яка підтримала заяву, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви, дослідила матеріали кримінальної справи і матеріали провадження, проаналізувала наукові висновки, підготовлені членами Науково-консультативної ради при Суді, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про зазначене нижче.

1. Справу про перегляд судових рішень щодо засудженого ОСОБА_3 допущено до провадження Суду за заявою захисників, які посилаються на положення пунктів 1 і 3 статті 445 КПК.

2. Рішення суду касаційної інстанції у кримінальній справі щодо ОСОБА_3 переглядається відповідно до повноважень Суду, визначених положеннями статті 454 КПК.

У зв'язку із цим Суд нагадує, що до його компетенції не належить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанції. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень.

У світлі вищевикладених міркувань, за загальним правилом перегляд оспореного рішення відбувається виключно з тих фактичних обставин, які встановлені судами факту, у даній кримінальній справі - судом апеляційної інстанції.

3. Застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, заявники убачають у неправильній юридичній оцінці діянь засудженого ОСОБА_3 за статтею 115 КК, тоді як встановлені судом фактичні обставини свідчать про необхідність кваліфікації його дій за статтею 118 КК, оскільки у

наданих для порівняння судових рішеннях подібні обставини справи розцінені як умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони.

На підтвердження своїх доводів для перегляду судових рішень щодо ОСОБА_3 з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 КПК, до заяви долучено копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Суду, які, на думку заявників, демонструють таку неоднаковість.

4. Порівняння суспільно небезпечних діянь оспорюваного та порівнюваних рішень суду касаційної інстанції свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, зокрема за об'єктом посягання - життя іншої людини, суб'єктом злочину - фізична осудна особа, за такими ознаками об'єктивної сторони, як обстановка, спосіб та знаряддя злочину, настання наслідків у вигляді смерті.

Водночас ці діяння містять ознаки, якими різняться між собою, а саме: за характером небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, (ухвали від 20 грудня 2011 року та від 11 червня 2013 року); обстановкою та фізичними даними потерпілого і нападаючого (ухвала від 22 жовтня 2013 року); особливим емоційним станом цієї особи (ухвала від 12 вересня 2006 року), - а тому отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспорюваному рішенні - за частиною першою статті 115 КК; у порівнюваних - за статтею 118 КК.

5. Окрім проведення порівнювання правових висновків оскаржуваних та наданих, як подібних судових рішень, для встановлення однаковості чи неоднаковості застосування норм матеріального права Суд також аналізує ці норми:

Стаття 118. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця

«Умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, -

карається виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі

на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років»;

Частина перша статті 115. Умисне вбивство

Вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині, - карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років»;

Стаття 36. Необхідна оборона

«1. Необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

2. Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

3. Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

4. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

5. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає».

6. Далі Суду належить проаналізувати, чи відповідає зміст кримінального закону висновкам суду касаційної інстанції у даному кримінальному провадженні щодо юридичної оцінки вчиненого ОСОБА_3 діяння.

Як умисне убивство, так і вчинене при перевищенні меж необхідної оборони, мають одні і ті самі ознаки об'єктивної (протиправне посягання на життя людини, наслідки у вигляді смерті та причинний зв'язок між зазначеними діяннями і наслідками), та суб'єктивної сторони (умисна форма вини, прямий або непрямий умисел, коли винний усвідомлює, що може заподіяти смерть особи, передбачає такі наслідки і бажає або свідомо припускає їх настання).

Проте, на відміну від умисного вбивства, відповідальність за вчинення якого передбачено статтею 115 КК, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 118 КК, є мотив діяння - захист винною особою охоронюваних законом прав та інтересів від суспільно небезпечного посягання.

Відповідно до частини першої статті 36 КК необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту (частина третя статті 36 КК).

Наведені теоретичні положення свідчать, що стан необхідної оборони виникає лише за наявності для неї підстави, зокрема, вчинення суспільно небезпечного посягання, що викликає у того, хто захищається, необхідність у його негайному відверненні чи припиненні шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди.

З обсягу та характеру фактичних обставин справи, у якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, видно, що конфлікт між ОСОБА_5 та ОСОБА_3 розпочався зі словесної перепалки по телефону за ініціативою останнього, яка в подальшому переросла у бійку, під час якої ОСОБА_5 вдарив кулаками по обличчю і ногою по лівій нозі ОСОБА_3 Коли обидва впали на землю, під час боротьби ОСОБА_5 схопив ОСОБА_3 руками за шию, а останній, знайшовши поряд колюче-ріжучий предмет, схожий на ніж, завдав потерпілому 4 удари в різні частини тіла, спричинивши поранення, від яких ОСОБА_5 помер.

Зазначені обставини справи, а саме те, що: конфлікт між потерпілим та засудженим, ініціатором якого був останній, розпочався зі словесної перепалки по телефону, а згодом переріс у обопільну бійку, під час якої вони заподіювали тілесні ушкодження один одному; ОСОБА_3, за своїми фізичними даними відрізнявся більш міцною статурою і був фізично сильнішим за потерпілого; відсутні дані про наявність у потерпілого ножа; знайомий ОСОБА_3 - свідок ОСОБА_4, під час бійки між засудженим та потерпілим знаходився поруч, однак підстав для втручання не вбачав, а отже й загрози для ОСОБА_3 - свідчать про те, що між ними відбувалася взаємна бійка і дії потерпілого, який, хоча і першим почав завдавати удари ОСОБА_3, за своїми об'єктивними ознаками не створювали реальної та безпосередньої загрози для ОСОБА_3, а відтак, і не викликали невідкладну необхідність у її відверненні з його боку.

З урахуванням наведеного, юридична оцінка вчиненого ОСОБА_3 діяння як умисного убивства за частиною першою статті 115 КК є правильною, оскільки даних на підтвердження обстановки необхідної оборони не виявлено.

7. Стосовно доводів заяви про наявність для перегляду Судом оскаржуваних судових рішень з підстави, передбаченої пунктом 3 частини першої статті 445 КПК, Суд зазначає.

Підстава для перегляду Судом судових рішень, передбачена пунктом 3 частини першої статті 445 КПК, означає встановлення відповідності висновку щодо застосування норм права, викладеному у постанові Суду, із висновком про застосування цих же норм у оскаржуваному рішенні суду касаційної інстанції.

На думку захисників, висновки, висловлені у постановах Суду від 15 травня, 30 жовтня, 27 листопада 2014 року, 22 січня і 17 грудня 2015 року щодо визначення стану необхідної оборони та перевищення її меж, проігноровано при винесенні вироку апеляційного суду й ухвали касаційної інстанції щодо ОСОБА_3

Водночас у вказаних рішеннях Суду висловлено орієнтири з приводу оцінки тих фактичних обставин, які встановлені судами факту, та визначено критерії при застосуванні оціночного поняття стану і меж необхідної оборони, згідно із якими правомірність необхідної оборони обумовлюється наявністю суспільно небезпечного посягання, його дійсністю та об'єктивною реальністю, межами захисних дій, які б не перевищували меж необхідності, а шкода особі, яка здійснює посягання, не перевищувала б ту, яка для цього необхідна.

Окрім того, у зазначеній судовій практиці Суду наголошується, що для вирішення питання про кваліфікацію складу злочину, пов'язаного з умисним позбавленням життя особи, зокрема щодо відсутності чи наявності стану необхідної оборони, перевищення її меж, суд у кожному випадку, враховуючи конкретні обставини справи, повинен здійснити порівняльний аналіз та оцінити наявність чи відсутність акту суспільно небезпечного посягання й акту захисту, встановити їх співвідношення, відповідність чи невідповідність захисту небезпечності посягання.

Зіставлення наведеного з результатом правозастосування у конкретному кримінальному провадженні щодо ОСОБА_3 і засудження останнього за частиною першою статті 115 КК не виявило розбіжностей із висновками, сформованих найвищою судовою інстанцією.

Таким чином, при розгляді заяви захисників в інтересах засудженого ОСОБА_3 щодо неоднакового застосування касаційним судом норми матеріального права та невідповідності судових рішень щодо нього висновкам у постановах Суду, що має наслідком неправильну юридичну оцінку дій засудженого за частиною першою статті 115 КК, обставини, які стали підставою для перегляду даної справи за пунктом 1 і 3 статті 445 КПК, не підтвердилися, а зазначена норма права застосована правильно, у зв'язку із чим у задоволенні заяви слід відмовити.

Що стосується тверджень заявників щодо порушення апеляційним судом вимог кримінального процесуального закону, то ці твердження виходять за межі визначеного главою 33 КПК предмету перегляду Судом.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити в задоволенні заяви захисників ОСОБА_2 та ОСОБА_1 про перегляд вироку апеляційного суду Полтавської області від 24 липня 2015 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2016 року щодо ОСОБА_3.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року у справі № 5-11кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства в аспекті розмежування його із заподіянням умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого*)

Завдаючи численних ударів руками і взутими ногами по тулубу та життєво важливому органу – голові потерпілого, у тому числі й тоді, коли він лежав на землі, винуваті усвідомлювали небезпечний характер своїх

дій і що посягають на життя потерпілого, передбачали, що наслідками таких дій може стати смерть останнього та бажали цього.

Але з обставин справи випливає, на що не звернув уваги касаційний суд, що винуваті, за їх словами, хоча і не бажали смерті потерпілого, але передбачали, що завдаючи численних ударів руками і ногами в голову та груди, свідомо допускали настання таких наслідків, які настал. Отже, їхні дії свідчать про вчинення умисного вбивства потерпілого з непрямим умислом. Однак ця обставина ніяк не впливає на правильність кваліфікації їхніх дій і тому не є підставою для задоволення заяв.

(Витяг)

Вироком Василівського районного суду Запорізької області від 27 липня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, раніше судимого 16 листопада 2005 року Василівським районним судом Запорізької області за частиною третьою статті 152 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк сім років, звільненого 31 жовтня 2011 року умовно-достроково на 5 місяців 15 днів, засуджено за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК до позбавлення волі на строк п'ятнадцять років.

На підставі статті 71 КК ОСОБА_1 за сукупністю вироків призначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк п'ятнадцять років п'ять місяців.

Вироком Василівського районного суду Запорізької області від 27 липня 2012 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_2, раніше неодноразово судимого, останній раз 1 червня 2011 року Василівським районним судом Запорізької області за частиною третьою статті 185 КК із застосуванням статей 75, 76 КК до позбавлення волі на строк три роки з іспитовим строком – два роки, засуджено за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК до позбавлення волі на строк п'ятнадцять років.

На підставі статті 71 КК ОСОБА_2 за сукупністю вироків призначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк сімнадцять років.

Цим вироком також засуджено ОСОБА_3 за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК, яким заява в порядку статті 400[19] Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК) не подавалась.

Апеляційний суд Запорізької області ухвалою від 3 квітня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 змінив. Пом'якшено ОСОБА_1 покарання за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК до десяти років позбавлення волі, а на підставі статті 71 КК призначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк десять років три місяці. ОСОБА_2 пом'якшено покарання за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК до дванадцяти років позбавлення волі, а на підставі статті 71 КК призначено остаточне покарання – тринадцять років позбавлення волі.

Згідно з вироком суду ОСОБА_1 та ОСОБА_2 визнано винними і засуджено за те, що вони 15 листопада 2011 року за попередньою змовою з ОСОБА_3 в період часу з 00 години по 02 годину ночі, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходячись на території домоволодіння АДРЕСА_1,

під час сварки, що виникла на ґрунті тривалих неприязних стосунків між ОСОБА_2 та співмешканцем його матері ОСОБА_4, з метою вбивства умисно завдали останньому численних ударів по голові та тулубу, спричинивши тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок чого потерпілий помер.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 14 листопада 2013 року касаційні скарги засуджених ОСОБА_2, ОСОБА_3 та захисника Петренка А.В. в інтересах ОСОБА_1залишила без задоволення, а судові рішення щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3 – без зміни.

У поданій у строк, встановлений частиною другою статті 400^{14} КПК 1960 року, заяві до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ адвокат Петренко А.В. в інтересах ОСОБА_1 порушив питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 листопада 2013 року щодо ОСОБА_1 з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На обґрунтування своїх вимог захисник Петренко А.В. зазначає, що висновок про наявність у ОСОБА_1умислу на вбивство ОСОБА_4 ґрунтується виключно на факті завдання групою осіб ударів руками і ногами в голову та по тулубу потерпілого. Посилається на те, що ОСОБА_1 ударів у голову не завдавав, а завдав 7-8 ударів по тулубу, тому це не може свідчити про умисел на вбивство.

Крім того, вказує, що ОСОБА_1 при завданні ударів руками по тулубу усвідомлював, що спричиняє тяжкі тілесні ушкодження, і не мав умислу на вбивство потерпілого ОСОБА_4, а тому його дії необхідно перекваліфікувати з пункту дванадцятого частини другої статті 115 КК на частину другу статті 121 КК.

При цьому адвокат Петренко А.В. як на неоднакове застосування одного і того ж закону посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 лютого 2011 року, у якій касаційний суд не погодився з висновками апеляційного суду про кваліфікацію дій ОСОБА_7 та ОСОБА_8 за пунктом дванадцятим частини другої статті 115 КК, оскільки, визнаючи винними осіб в умисному убивстві, суд зважав на кількість і локалізацію виявлених на трупі ОСОБА_11 тяжких тілесних ушкоджень. Водночас, сама по собі кількість спричинених ударів та виявлені на тілі потерпілого тілесні ушкодження не свідчать про наявність умислу на вбивство. Отже, ОСОБА_7 та ОСОБА_8 при завданні ударів руками та ногами по тулубу, голові усвідомлювали, що спричиняють тяжкі тілесні ушкодження, але умислу на вбивство потерпілого не мали, а тому їхні дії було перекваліфіковано з пункту дванадцятого частини другої статті 115 КК на частину другу статті 121 КК.

Адвокат Петренко А.В. посилається і на інші рішення касаційного суду від

9 серпня 2011 року та від 10 травня 2012 року, у яких рішення судів нижчої ланки залишилися без зміни. У цих справах особи, які завдали потерпілим численних ударів руками і ногами в голову та тулуб, від яких останні отримували тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок яких наставала смерть потерпілих, засуджені за частиною другою статті 121 КК. Суд касаційної інстанції зазначив, що дії засуджених у порівнюваних рішеннях правильно кваліфіковані як умисне спричинення тяжких тілесних ушкоджень, що потягли смерть потерпілих.

Вважає, що вчинені суспільно небезпечні діяння ОСОБА_1 та особами у порівнюваних рішеннях за своєю суттю є подібними, однак кваліфіковані за різними статтями кримінального закону.

Просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 листопада 2013 року щодо ОСОБА_1 та прийняти нове судове рішення, яким перекваліфікувати дії засудженого з пункту дванадцятого частини другої статті 115 КК на частину другу статті 121 КК.

У поданій у строк, встановлений частиною другою статті 400[14] КПК 1960 року, заяві до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ засуджений ОСОБА_2 порушив питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 листопада 2013 року щодо нього з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На обґрунтування своїх вимог засуджений ОСОБА_2 зазначає, що висновок касаційного суду про наявність у нього умислу на вбивство ОСОБА_4 ґрунтується виключно на факті завдання групою осіб ударів руками і ногами в голову та по тулубу потерпілого. Звертає увагу на те, що ударів у голову не завдавав, кількість завданих ним потерпілому ударів не може свідчити про його умисел на вбивство.

Крім того, вказує, що при побитті ОСОБА_4 разом із ОСОБА_1 і ОСОБА_3 не мав умислу на вбивство потерпілого, усвідомлював, що спричиняв тілесні пошкодження, а тому його дії необхідно перекваліфікувати з пункту дванадцятого частини другої статті 115 КК на частину другу статті 121 КК.

При цьому засуджений ОСОБА_2 як на неоднакове застосування одного і того ж закону посилається на аналогічні рішення суду касаційної інстанції, що і адвокат Петренко А.В.: ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 лютого 2011 року, 9 серпня 2011 року і 10 травня 2012 року, в яких касаційний суд визнав правильним застосування частини 2 статті 121 КК. Просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 листопада 2013 року щодо нього та постановити нове судове рішення, яким перекваліфікувати його дії на частину

другу статті 121 КК.

Заслухавши доповідь судді–доповідача, пояснення прокурора про відмову у задоволенні заяв у зв'язку з відсутністю обставин, які підтверджують неоднакове застосування норми закону про кримінальну відповідальність, перевіривши матеріали кримінальної справи та доводи заяв, ознайомившись з науковими висновками у справі, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що заяви задоволенню не підлягають, зважаючи на таке.

Відповідно до пункту першого частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, передбаченої пунктом першим частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року, Верховний Суд України виходить із встановлених судом обставин, які викладені у судовому рішенні, що набрало законної сили, і дійшов висновку, що в оспорюваному і порівнюваному рішеннях суспільно небезпечні діяння є подібними.

Відповідно до роз'яснень, які містяться у пункті 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», умисне вбивство за попередньою змовою групою осіб вважається тоді, коли в позбавленні потерпілого життя брали участь декілька осіб (дві і більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його виконання. За цей злочин несуть відповідальність і ті особи, котрі хоча й не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому, але, будучи об'єднаними з іншими співвиконавцями вбивства єдиним умислом, спрямованим на позбавлення потерпілого життя, виконали хоча б частину того обсягу дій, який група вважала необхідним для реалізації цього умислу. З урахуванням конкретних обставин справи та змісту спільного умислу осіб, які вчинюють убивство за попередньою змовою, до таких дій належать: застосування на початку нападу насильства щодо потерпілого з метою приведення його у безпорадний стан з тим, щоб інший співучасник, скориставшись таким станом, заподіяв потерпілому смерть; подолання опору потерпілого з метою полегшити заподіяння йому смерті іншим співучасником; усунення певних перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це; надання особі, яка згідно з домовленістю заподіює смерть потерпілому, конкретної допомоги під час учинення вбивства; ведення спостереження за потерпілим, іншими особами чи обстановкою безпосередньо

перед вбивством або під час його вчинення з метою забезпечити реалізацію спільного умислу.

Відповідно до пункту 22 зазначеної постанови для відмежування умисного вбивства від умисного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого (частина друга статті 121 КК), суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Питання про умисел необхідно вирішувати виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, зокрема враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передувала події, їх стосунки. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій: при умисному вбивстві настання смерті охоплюється умислом винного, а в разі заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, ставлення винного до її настання характеризується необережністю.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1 та ОСОБА_2 спільно з ОСОБА_3, заподіюючи тілесні ушкодження потерпілому у спосіб та за обставин, викладених у вироку, розуміли можливі негативні наслідки своїх дій, у тому числі й ті, що фактично настали. При цьому суд касаційної інстанції погодився з висновками суду першої та апеляційної інстанцій про те, що ОСОБА_1 та ОСОБА_2 спільно з ОСОБА_3, завдаючи численних ударів руками і взутими ногами по тулубу та життєво важливому органу – голові потерпілого, у тому числі й тоді, коли він лежав на землі, усвідомлювали небезпечний характер своїх дій і що посягають на життя ОСОБА_4, передбачали, що наслідками таких дій може стати смерть останнього та бажали цього.

Але з обставин справи видно, на що не звернув уваги касаційний суд, що ОСОБА_1 та ОСОБА_2, за їх словами, хоча і не бажали смерті потерпілого, але передбачали, що завдаючи численних ударів руками і ногами в голову та груди, свідомо допускали настання таких наслідків, які настали, тобто їхні дії свідчать про вчинення умисного вбивства потерпілого з непрямим умислом. Однак ця обставина ніяк не впливає на правильність кваліфікації їхніх дій і тому не є підставою для задоволення заяв.

У рішенні, яке порівнюється (ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 лютого 2011 року), де касаційний суд дійшов висновку про обґрунтованість застосування частини другої статті 121 КК, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, вчинених ОСОБА_7 і ОСОБА_8, та обставини злочину, вчиненого ОСОБА_1 та ОСОБА_2, хоча за зовнішнім виявом і схожі між собою, мають спільні риси, тобто є подібними, але відрізняються за об’єктивною та суб’єктивною сторонами. І ця відмінність не викликала неоднакового застосування норми матеріального закону.

Враховуючи викладене, судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вважають, що доводи, наведені у заявах адвоката Петренка А.В. в інтересах ОСОБА_1 та засудженого ОСОБА_2 про те, що суд

касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, не підтвердилися і тому їхні заяви задоволенню не підлягають.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{21}, 400^{23}, 400^{24} Кримінально–процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви адвоката Петренко А.В. в інтересах ОСОБА_1 та заяви засудженого ОСОБА_2.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом другим частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-204кс15

(рішення про правильну кваліфікацію умисного вбивства, вчиненого з особливою жорстокістю, в аспекті розмежування його з «простим» умисним вбивством)

Обраний засудженим спосіб вбивства, використання при цьому декількох видів зброї (травматичний пістолет та ніж), кількість та локалізація тілесних ушкоджень, спричинення їх протягом певного часу свідчать про те, що засуджений усвідомлював: він завдає потерпілому особливих фізичних страждань, а визнання вчиненого винуватим умисного вбивства з особливою жорстокістю відповідає змісту закону.

(Витяг)

Лубенський міськрайонний суд Полтавської області вироком від 31 жовтня 2013 року засудив ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, за пунктами 4, 6 частини другої статті 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною третьою статті 289 КК – до позбавлення волі на строк 12 років з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною першою статті 185 КК – до позбавлення волі на строк 3 роки.

На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим ОСОБА_1.1 призначено остаточне покарання у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1.1 визнано винуватим та засуджено за вчинення злочинів за таких обставин.

ОСОБА_1.1, маючи боргові зобов’язання перед окремими громадянами, вирішив розв’язати свої фінансові проблеми, здійснивши умисне вбивство ОСОБА_3 з метою заволодіння належним останньому транспортним засобом

марки ІНФОРМАЦІЯ_2, який планував продати.

Реалізуючи свій злочинний умисел, 4 серпня 2011 року ОСОБА_1.1 попросив свого знайомого ОСОБА_3, який знав засудженого як працівника ІНФОРМАЦІЯ_3, за грошову винагороду на автомобілі відвезти його в ІНФОРМАЦІЯ_4, пообіцявши при цьому повернути борг у сумі 300 доларів США, які він взяв у громадянина ОСОБА_4.1 з коштів, отриманих від підприємницької діяльності.

З метою підготовки злочину, ОСОБА_1.1 завчасно придбав у магазині м. Києва ніж з викидним лезом, підготував змінний одяг, який поклав у поліетиленовий пакет та приніс на роботу до ІНФОРМАЦІЯ_3, узяв із собою належний йому пістолет для відстрілу гумових куль ІНФОРМАЦІЯ_5, дозвіл на носіння якого він мав, та магазин, споряджений набоями.

6 серпня 2011 року приблизно о 00 годин ОСОБА_3, виконуючи прохання ОСОБА_1.1, на автомобілі ІНФОРМАЦІЯ_2, приїхав до приміщення ІНФОРМАЦІЯ_3, де на нього чекав ОСОБА_1.1, який при собі вже мав ніж з викидним лезом, пістолет для відстрілу гумових куль ІНФОРМАЦІЯ_5 та змінний одяг у поліетиленовому пакеті. ОСОБА_1.1 сів до салону автомобіля, і обоє чоловіків поїхали в напрямку Чернігівської області.

Приблизно о 2 годині ночі, коли автомобіль проїхав знак «Полтавська область» по автодорозі Київ–Харків на 140 км + 48 м, ОСОБА_1.1, пересвідчившись, що відсутні автомобілі, які рухались у зустрічному та попутному напрямках, а поряд є лісопосадка, попросив ОСОБА_3 зупинити автомобіль на узбіччі дороги під приводом необхідності справити природні потреби. Коли ОСОБА_3 виконав це прохання, ОСОБА_1.1 вийшов з автомобіля та відійшов у лісопосадку, де привів у бойову готовність належний йому пістолет ІНФОРМАЦІЯ_5, призначений для відстрілу гумових куль травматичної дії; помістив цей пістолет собі під руку та повернувся до салону автомобіля і сів на пасажирське місце поряд з водієм.

Перебуваючи в салоні автомобіля, діючи умисно, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх дій, переслідуючи корисливі мотиви у виді заволодіння транспортним засобом, належним ОСОБА_3, передбачаючи суспільно небезпечні наслідки своїх дій у виді заподіяння смерті іншій особі та бажаючи настання таких наслідків, будучи обізнаним у професійному плані (працівник органу внутрішніх справ, служба в армії в прикордонних військах) щодо властивостей та вражаючого характеру зброї, яку він використовує (пістолет травматичної дії та ніж), тобто усвідомлюючи, що, позбавляючи потерпілого життя, завдасть йому особливих страждань, діючи з особливою жорстокістю, ОСОБА_1.1 з близької відстані (15-20 см) здійснив не менше 8 пострілів у ділянку голови та тулуба ОСОБА_3.

Після отриманих тілесних ушкоджень ОСОБА_3 не втратив свідомості, а зміг залишити салон автомобіля, однак ОСОБА_1.1, наздогнавши потерпілого, завдав йому удар кулаком у голову та два удари правою ногою, взутою у кросівок, у ділянку тулуба, після чого, поваливши ОСОБА_3 на землю, дістав заготовлений завчасно ніж та завдав ним не менше 18 ударів у ділянку тулуба та шиї, а згодом, помітивши, що ОСОБА_3 подає ознаки життя, розрізав йому

горло.

Переконавшись у тому, що ОСОБА_3 не подає ознак життя, ОСОБА_1.1 перемістив тіло потерпілого в лісопосадку, поряд з місцем вчинення злочину, залишив там тіло, а сам сівши за кермо автомобіля, незаконно заволодів зазначеним транспортним засобом та вирушив на ньому до місця проживання своїх батьків у ІНФОРМАЦІЯ_4 з метою переховування автомобіля та подальшого його продажу.

Приїхавши в ІНФОРМАЦІЯ_4, ОСОБА_1.1 поставив автомобіль у гараж, розташований на території домоволодіння своїх батьків у ІНФОРМАЦІЯ_4, де, оглянувши автомобіль, виявив та викрав майно, належне ОСОБА_3, на загальну суму 11200 грн і кошти в сумі 3600 грн. Викраденими цінностями ОСОБА_1.1 розпорядився на власний розсуд.

Також при огляді автомобіля ОСОБА_1.1 виявив особисті документи ОСОБА_3, які згодом знищив шляхом спалювання в лісовому насадженні поблизу ІНФОРМАЦІЯ_6 з метою приховання скоєних злочинів.

Крім того, ОСОБА_1.1 домовився із своїм знайомим ОСОБА_5 щодо переховування автомобіля та можливого продажу і з цією метою передав ОСОБА_5 цей автомобіль. На прохання ОСОБА_1.1 автомобіль поставили у гараж ІНФОРМАЦІЯ_7, де його виявили працівники міліції.

Апеляційний суд Полтавської області ухвалою від 6 березня 2014 року вирок районного суду щодо ОСОБА_1.1 залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 23 квітня 2015 року судові рішення, постановлені щодо ОСОБА_1.1, залишив без зміни.

У заяві захисник Тимохіна Л.С., в інтересах засудженого ОСОБА_1.1, порушує питання про скасування вироку Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 31 жовтня 2013 року, ухвали Апеляційного суду Полтавської області від 6 березня 2014 року, ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 квітня 2015 року та направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Захисник стверджує, що касаційна інстанція безпідставно погодилася з висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА_1.1 за пунктом 4 частини другої статті 115 КК.

На обґрунтування такого твердження захисник посилається на долучені нею до заяви копії ухвал Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року, 19 лютого 2008 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 березня 2011 року, зміст яких, на її думку, свідчить про те, що, постановляючи ці судові рішення, суд касаційної інстанції правильно застосував кримінальний закон, а саме в одному випадку перекваліфікував дії ОСОБА_1 з пункту 4 частини другої статті 115 КК на частину першу статті 115 КК (ухвала від 10 жовтня 2006 року), а в інших погодився з висновком суду про кваліфікацію дій ОСОБА_2 за частиною

першою статті 115 КК України (ухвала від 19 лютого 2008 року) та правильно погодився з кваліфікацією дій ОСОБА_1 за частиною другою статті 15, частиною першою статті 115 КК та пунктами 12, 13 частини другої статті 115 КК та дій ОСОБА_4 за пунктом 12 частини другої статті 115 КК (ухвала від 22 березня 2011 року). Захисник вважає, що як в оскаржуваному рішенні, так і в наданих для порівняння судових рішеннях йдеться про подібні суспільно небезпечні діяння, до яких судом касаційної інстанції неоднаково застосовано одні і ті самі норми кримінального закону.

Крім цього, захисник зазначає, що не відповідає вимогам закону та судовій практиці кваліфікація дій засудженого за пунктом 6 частини другої статті 115 КК, оскільки не встановлений мотив вбивства. На обґрунтування своєї позиції в цій частині захисник посилається на пункт 10 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 7 лютого 2003 року «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», а також на Аналіз судової практики розгляду кримінальних справ про умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, опублікований у Віснику Верховного Суду України № 8, № 9 за 2014 рік. Також стверджує, що судами не взято до уваги показання ОСОБА_1.1 про те, що про наявність в автомобілі речей загиблого він дізнався згодом, після огляду автомобіля, а за кермо автомобіля сів лише з метою якнайшвидше залишити місце злочину.

Також захисник вказує, що обвинувачення ОСОБА_1.1 є неконкретним, а в судових рішеннях не надано належної правової оцінки кожній дії засудженого.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженого ОСОБА_1.1 та його захисника Клименка О.Ю., які підтримали заяву, пояснення потерпілої ОСОБА_2.1, яка заперечувала проти задоволення заяви, пояснення прокурора, який стверджував про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінального провадження і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви й дійшла висновку про нижченаведене.

1. Рішення суду касаційної інстанції у кримінальній справі щодо ОСОБА_1.1 переглядається відповідно до повноважень Суду, визначених положеннями статті 454 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), і за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 КПК.

У зв'язку із цим Суд нагадує, що до його компетенції не належить розгляд помилок щодо фактів, допущених судами першої чи апеляційної інстанції. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень.

У світлі вищевикладених міркувань, за загальним правилом перегляд оспореного рішення відбувається виходячи виключно з тих фактичних обставин та за сукупністю доказів, установлених і досліджених судами факту.

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю (пункт 4 частини другої статті 115 КК).

3. Кваліфікуючи умисне вбивство за ознакою вчинення його з особливою жорстокістю, слід мати на увазі, що законом особлива жорстокість пов'язується зі способом позбавлення людини життя та іншими обставинами, які свідчать про виявлення винним особливої жорстокості.

До особливо жорстокого способу умисного вбивства належить також заподіяння великої кількості тілесних ушкоджень, які завідомо для винного завдавали потерпілому особливих страждань.

Крім того, відповідно до пункту 6 частини другої статті 115 КК та положень пункту 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» умисне вбивство визнається вчиненим з особливою жорстокістю, якщо винний, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих фізичних, психічних чи моральних страждань.

4. З обсягу та характеру фактичних обставин справи, у якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, вбачається, що ОСОБА_1.1 з метою умисного вбивства потерпілого ОСОБА_3, перебуваючи в салоні автомобіля потерпілого, будучи обізнаним у професійному плані (працівник органу внутрішніх справ, служба в армії в прикордонних військах) щодо властивостей та вражаючого характеру зброї, яку він використовує, здійснив не менше 8 пострілів з травматичного пістолету в ділянку голови та тулуба потерпілого, після чого той не втратив свідомості та зміг залишити салон автомобіля. ОСОБА_1.1 прослідував за потерпілим та, наздогнавши його, завдав удар кулаком у голову та два удари правою ногою, взутою у кросівок, в ділянку тулуба, після чого, поваливши потерпілого на землю, дістав з кишені штанів завчасно заготовлений ніж та завдав останньому не менше 18 ударів ножем у ділянку тулуба та шиї. Помітивши, що потерпілий живий, ОСОБА_1.1, продовжуючи свої дії, загнав йому лезо ножа в шию спереду та перерізав горло.

Згідно з актом судово-медичного дослідження (обстеження) № 001 від 10 серпня 2011 року та висновком судово-медичної експертизи № 001-А від 13 серпня 2011 року смерть ОСОБА_3 настала внаслідок комбінованої травми (сукупність забитої, кульових, колото-різаних ран) голови, шиї, тулуба та кінцівок, яка обумовила розвиток шоку-крововтрати, що і стало безпосередньою причиною смерті. Кожна з виявлених ран зробила свій внесок у розвиток шоку-крововтрати (безпосередня причина смерті). Вищевказані ушкодження в сукупності з іншими зазначеними в експертизах тілесними пошкодженнями, які спричинені потерпілому, стосовно живої особи можуть бути оцінені лише у своїй сукупності як такі, що мають ознаки тяжких тілесних ушкоджень, як небезпечних для життя в момент їх спричинення, а в цьому випадку – як такі, що призвели до смерті. Ураховуючи кількість, локалізацію, морфологічні характеристики тілесних ушкоджень, які утворились від дії куль унаслідок восьми пострілів зі зброї та від не менше ніж 19-кратної дії плоского колюче-ріжучого предмету, яким міг бути клинок ножа, що має обушок і гостре лезо та найбільшу ширину слідоутворюючої частини клинка на рівні занурень близько 1,9-2,8 см, можна вважати, що під час їх отримання і до моменту смерті потерпілий міг відчувати так званий особливий біль.

5. Зазначені обставини, зокрема, обраний засудженим спосіб вбивства, використання при цьому декількох видів зброї (травматичний пістолет та ніж), кількість та локалізація тілесних ушкоджень, спричинення їх протягом певного часу свідчать про те, що засуджений усвідомлював, що завдає потерпілому особливих фізичних страждань, а визнання вчиненого ОСОБА_1.1 умисного вбивства з особливою жорстокістю відповідає змісту закону.

6. У наданих для порівняння ухвалах Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 березня 2011 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, однак небезпідставно отримали іншу кримінально-правову кваліфікацію. В одному випадку дії засудженого судом касаційної інстанції було перекваліфіковано з пункту 4 частини другої статті 115 КК на частину першу статті 115 КК, а в іншому – суд касаційної інстанції погодився з висновком судів нижчого рівня про відсутність у діях засудженого ознаки, передбаченої пунктом 4 частини другої статті 115 КК.

Так, у справі щодо ОСОБА_1 (ухвала Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року) встановлено, що у матеріалах справи відсутні об'єктивні дані про те, що позбавлення життя ОСОБА_2 супроводжувалося заподіянням йому особливих страждань і що особлива жорстокість охоплювалася умислом ОСОБА_1. Факт вчинення ОСОБА_1 умисного вбивства ОСОБА_2 шляхом завдання 29 ударів праскою, молотком і ножем підтверджує саме умисел винного на вчинення умисного вбивства потерпілого.

У справі щодо ОСОБА_1 і ОСОБА_4 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 березня 2011 року) суд також не встановив обставин, які свідчили б про те, що засуджені, позбавляючи життя потерпілого, діяли з особливою жорстокістю. Зокрема, висновки суду ґрунтувалися на оцінці стану тяжкої алкогольної інтоксикації потерпілого, який частково пригнічував больові відчуття.

Що стосується посилань захисника на ухвалу Верховного Суду України від 19 лютого 2008 року як на порівнюване рішення, то воно є безпідставним, оскільки в цьому рішенні суду касаційної інстанції не міститься висновку про правозастосування пункту 4 частини другої статті 115 КК.

8. Отже, оцінка фактичної та юридичної кваліфікації діянь, інкримінованих ОСОБА_1.1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння в ухвалах Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 березня 2011 року дають підстави зробити висновок, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність, передбачену пунктом 4 частини другої статті 115 КК щодо дій ОСОБА_1.1, застосував правильно.

Згідно зі статтею 456 КПК, якщо обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердилися або норму права застосовано правильно, Верховний Суд України відмовляє в задоволенні заяви.

Посилання у заяві захисника на невстановлення мотиву умисного вбивства

потерпілого ОСОБА_3 та на неконкретність обвинувачення ОСОБА_1.1 виходять за межі заяви, яку подано з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 КПК, а тому не входять до предмету перегляду, який здійснюється Судом у цьому кримінальному провадженні.

Підсумовуючи наведене, Суд дійшов висновку, що заяву захисника в інтересах засудженого ОСОБА_1.1 не може бути задоволено, оскільки норму права (пункт 4 частини другої статті 115 КК) щодо засудженого застосовано правильно.

Керуючись статтями 453, 454, 456 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити в задоволенні заяви захисника Тимохіної Людмили Сергіївни про перегляд судових рішень щодо ОСОБА_1.1 Верховним Судом України.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2013 року у справі № 5-26кс12

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій як умисного вбивства, вчиненого способом, небезпечним для життя багатьох осіб, в аспекті розмежування його з «простим» умисним вбивством*)

Згідно з пунктом 5 частини другої статті 115 КК України умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб, полягає в тому, що винувата особа, реалізуючи умисел на позбавлення життя потерпілого, усвідомлює, що застосовує спосіб вбивства, небезпечний для життя не тільки однієї конкретної людини. Важливою умовою для кваліфікації дій винної особи саме за цією ознакою умисного вбивства має бути об'єктивна реальність такої небезпеки для життя інших сторонніх осіб, які перебувають на місці вчинення злочину. Суб'єктивно ж винувата особа повинна усвідомлювати, що застосовує спосіб, який створює небезпеку для життя не лише тієї конкретної людини, яку вона хоче вбити, але й для іншої, хоча б однієї людини.

Реальність такої небезпечності способу вбивства повинна оцінюватися не абстрактно, а враховуючи конкретну обстановку вчинення злочину. Зокрема, для з'ясування наявності чи відсутності реальної небезпеки для життя інших осіб необхідно встановити факт перебування сторонніх осіб у місці, в напрямку якого здійснювалися постріли.

(Витяг)

Вироком апеляційного суду Одеської області від 14 грудня 2009 року

засуджено:

ОСОБА_1,

ІНФОРМАЦІЯ_1,

за пунктами 5, 6, 11, 12 частини другої статті 115 Кримінального кодексу України (далі – КК) до довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, за частиною першою статті 263 КК до позбавлення волі на строк чотири роки.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – довічне позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю;

ОСОБА_2,

ІНФОРМАЦІЯ_2,

за пунктами 5, 6, 11, 12 частини другої статті 115 КК до довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, частиною першою статті 263 КК до позбавлення волі на строк чотири роки, за частиною першою статті 309 КК до позбавлення волі на строк два роки, за частиною другою статті 358 КК до позбавлення волі на строк три роки, за частиною третьою статті 358 КК до обмеження волі на строк два роки, за частиною п’ятою статті 27 і частиною третьою статті 364 КК до позбавлення волі на строк п’ять років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю, за частиною п’ятою статті 27 КК і частиною першою статті 366 КК до обмеження волі на строк два роки.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_2 визначено остаточне покарання – довічне позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 липня 2012 року вирок щодо ОСОБА_2 змінила: рішення в частині засудження за частиною третьою статті 358 КК, частиною п’ятою статті 27 КК та частиною першою статті 366 КК скасувала і на підставі статті 49 КК звільнила його від кримінальної відповідальності у зв’язку із закінченням строків давності, а справу закрила. У решті вирок залишено без змін.

ОСОБА_2 та ОСОБА_1 визнано винуватими в умисному вбивстві способом, небезпечним для життя багатьох осіб, з корисливих мотивів, на замовлення, за попередньою змовою групою осіб, учиненому за таких обставин.

У кінці лютого 2008 року особи, щодо яких матеріали кримінальної справи виділено в окреме провадження, замовили ОСОБА_2 вбивство приватного підприємця ОСОБА_3, який проживав в орендованій квартирі АДРЕСА_1. Тоді ж вони домовилися про залучення до вбивства як виконавця громадянина ОСОБА_1 та про винагороду в сумі 50000 доларів США.

На початку березня 2008 року в розмові по телефону з ОСОБА_2 ОСОБА_1 погодився виконати вбивство ОСОБА_3 на замовлення.

Тоді ж з ініціативи осіб, щодо яких матеріали справи виділено в окреме провадження, орендовано для проживання ОСОБА_1 двокімнатну квартиру АДРЕСА_2; придбано два мобільних телефони, за допомогою яких ОСОБА_2 та ОСОБА_1 мали підтримувати зв’язок під час підготовки та вчинення

злочину; через підставних осіб придбано автомобіль “ЗАЗ-110307”, право на управління яким було надано ОСОБА_2; передано останньому пістолет-кулемет “Скорпіон” калібру 7,65 мм з глушником і два магазини із 40 патронами, які той перевіз до орендованої квартири для ОСОБА_1, куди останній приїхав 15 березня 2008 року для виконання вбивства ОСОБА_3.

У процесі підготовки до злочину ОСОБА_2 та ОСОБА_1 упродовж 15–17 березня 2008 року неодноразово приїжджали до автостоянки, де ОСОБА_3 паркував свій автомобіль; оглянули двір будинку АДРЕСА_1 й обрали його за місце вчинення злочину; в районі військового полігону біля смт Чорноморське здійсненням ряду пострілів перевірили придатність до дії пістолета-кулемета “Скорпіон”.

Увечері 17 березня 2008 року ОСОБА_1 і ОСОБА_2 автомобілем “Таврія” під керуванням останнього приїхали до будинку АДРЕСА_3 й стали чекати ОСОБА_3. Як тільки той приїхав і попрямував у бік двору будинку АДРЕСА_1, ОСОБА_1 із пістолетом-кулеметом “Скорпіон” увійшов у той же двір і біля гаражів став чекати ОСОБА_3 ОСОБА_2 за домовленістю з ОСОБА_1 під’їхав автомобілем до перетину вулиць АДРЕСА_3 та АДРЕСА_4, де очікував на ОСОБА_1, щоб після вбивства разом утекти з місця події, і по мобільному телефону повідомив йому, що ОСОБА_3 уже в дворі будинку АДРЕСА_1.

ОСОБА_1, усвідомлюючи, що від його дій у громадському місці та обраного способу вбивства, який є небезпечним для життя багатьох осіб, можуть постраждати перехожі й сторонні особи, автоматичними чергами з пістолета-кулемета “Скорпіон” вистрілив у ОСОБА_3. Від цих пострілів останній впав, а ОСОБА_1 підійшов до нього й двічі вистрілив у голову.

Смерть ОСОБА_3 настала внаслідок вогнепального кульового сліпого поранення голови з пошкодженням головного мозку.

Після цього ОСОБА_1 із ОСОБА_2 зникли з місця події, а згодом отримали від замовників суму винагороди.

ОСОБА_2 та ОСОБА_1 засуджені й за інші злочини, вчинені ними за обставин, зазначених у вироку, юридична оцінка яких у заявах не оспорюється.

У заявах про перегляд ухвали касаційної інстанції захисник Дубров Г.М., посилаючись на неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, стверджує, що дії ОСОБА_1 та ОСОБА_2 неправильно кваліфіковано за пунктом 5 частини другої статті 115 КК, а дії ОСОБА_2 неправильно розцінено як співвиконавство в умисному вбивстві, оскільки його роль полягала в пособництві цьому злочину, що зумовлює кваліфікацію його дій з посиланням на частину п’яту статті 27 КК, і просить скасувати судові рішення щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2, а справу направити на новий судовий розгляд.

На обґрунтування заяв захисник долучив копію рішення колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 серпня 2006 року, яким виключено з вироку апеляційного суду м. Києва від 5 травня 2006 року кваліфікацію дій ОСОБИ_2 за пунктом 5 частини другої статті 115 КК. У цій справі колегія суддів дійшла висновку, що здійснення у під’їзді будинку з невеликої відстані з пістолета двох прицільних пострілів в ОСОБУ_3

і одного в ОСОБУ_4 за відсутності даних про реальність небезпеки для інших осіб не свідчить, що обраний спосіб умисного вбивства був небезпечний для життя багатьох осіб.

Як на приклад неоднакового застосування пункту 5 частини другої статті 115 КК захисник Дубров Г.М. посилається також на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 квітня 2008 року щодо ОСОБИ_1. Цим рішенням із вироку апеляційного суду Одеської області від 26 грудня 2007 року виключено зазначену кваліфікуючу ознаку з посиланням на відсутність даних про те, що обраний засудженою особою спосіб умисного вбивства всіх мешканців окремо розташованого будинку шляхом підпалу створював небезпеку для життя інших осіб.

Для порівняння неоднакового застосування норм кримінального закону щодо ролі співучасників та юридичної оцінки їх діянь захисник Дубров Г.М. надав копію ухвали Верховного Суду України від 27 лютого 2007 року щодо ОСОБИ_3, в якій, на його думку, за аналогічних даному злочину обставин (епізод 4 від 17 травня 1999 року) констатується кваліфікація як пособника дій ОСОБИ_11, який не брав участі в безпосередньому позбавленні життя потерпілого.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України, заслухавши доповідь судді, пояснення захисника про необхідність задоволення заяви з наведених у ній підстав, прокурора про відмову в задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю неоднаковості у правозастосуванні, перевіривши матеріали справи, обговоривши доводи заяв, вважає, що вони підлягають частковому задоволенню.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400-12 КПК України 1960 року однією з підстав для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Перегляд судових рішень із зазначеної підстави передбачає перевірку висновку застосування норми матеріального права судом касаційної інстанції у порівнянні з висновком, якого суд касаційної інстанції дійшов у порівнюваному рішенні.

Вирішуючи питання про наявність передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК України 1960 року підстави для перегляду судового рішення, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України виходить з установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили.

Згідно з ухвалою Верховного Суду України від 8 серпня 2006 року спосіб учинення ОСОБОЮ_2 замаху на умисне вбивство ОСОБИ_3 і ОСОБИ_4, який полягав у здійсненні прицільних пострілів із вогнепальної зброї з невеликої відстані в під'їзді будинку, розцінено не як небезпечний для життя багатьох осіб.

В оспореному рішенні встановлено, що ОСОБА_1 здійснював постріли з пістолета-кулемета у дворі житлового будинку, тоді, коли на місці події сторонніх осіб не було, з повідомлення ОСОБА_2 він достеменно знав, що до нього прямує саме потерпілий, стріляв у нього з невеликої відстані і фактично прицільно.

Порівняльний аналіз цих рішень касаційного суду свідчить про наявність у діях засуджених осіб подібних суспільно небезпечних діянь та про можливість перегляду оспореного рішення із зазначеної підстави.

Згідно з пунктом 5 частини другої статті 115 КК України умисне вбивство, вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб, полягає в тому, що винувата особа, реалізуючи умисел на позбавлення життя потерпілого, усвідомлює, що застосовує спосіб вбивства, небезпечний для життя не тільки однієї конкретної людини. Важливою умовою для кваліфікації дій винної особи саме за цією ознакою умисного вбивства має бути об'єктивна реальність такої небезпеки для життя інших сторонніх осіб, які перебувають на місці вчинення злочину. Суб'єктивно ж винувата особа повинна усвідомлювати, що застосовує спосіб, який створює небезпеку для життя не лише тієї конкретної людини, яку вона хоче вбити, але й для іншої, хоча б однієї людини.

Реальність такої небезпечності способу вбивства повинна оцінюватися не абстрактно, а в конкретній обстановці вчинення злочину. Зокрема, в даному конкретному випадку для з'ясування наявності чи відсутності реальної небезпеки для життя інших осіб необхідно встановити факт перебування сторонніх осіб у місці, в напрямку якого здійснювалися постріли.

Наведене нормативне тлумачення кваліфікуючої ознаки умисного вбивства в зіставленні з встановленими судом фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1 за попередньою змовою з ОСОБА_2, а також правова оцінка касаційного суду в порівнюваному рішенні дають підстави стверджувати, що висновок касаційної інстанції про наявність у діях ОСОБА_1 та ОСОБА_2 кваліфікуючої ознаки, передбаченої пунктом 5 частини другої статті 115 КК, є неправильним і підлягає перегляду.

Стосовно заяви захисника Дуброва Г.М. в інтересах засудженого ОСОБА_2, роль якого у вбивстві, на його думку, полягала у пособництві, що зумовлює кваліфікацію дій засудженого з посиланням на частину п'яту статті 27 КК, то в її задоволенні слід відмовити.

В ухвалі Верховного Суду України від 27 лютого 2007 року, яка, на думку захисника, переконує у відсутності в діях ОСОБА_2 ознак співвиконавства, не міститься фактичних даних про вчинення ОСОБОЮ_11 суспільно небезпечного діяння, подібного до того, що інкриміноване ОСОБА_2. Як видно з ухвали, ця особа вироком, який переглядався касаційною інстанцією, не засуджувалась і юридична оцінка його діянням не надавалась. За таких обставин лише згадка в ухвалі про те, що ОСОБА_11 була пособником у злочині, не означає, що вона дійсно була таким співучасником злочину.

Зазначене, а також те, що захисник не надав інших судових рішень як прикладів неоднакового застосування норм кримінального закону, унеможливлює порівняння висновків оспореного рішення і рішення, на яке

посилається захисник.

У заявах захисник Дубров Г.М. просить скасувати і вирок апеляційного суду Одеської області від 14 грудня 2009 року. Його прохання в цій частині задоволенню не підлягає, оскільки відповідно до пункту 1 частини першої статті 400-12 КПК України 1960 року предметом перегляду Верховним Судом України є виключно рішення касаційного суду.

Установлену помилковість правових висновків суду касаційної інстанції не може бути усунуто за чинними правилами перегляду зазначеного рішення без втручання у вирок апеляційного суду. Тому за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства Судова палата змушена застосувати найбільш прийнятний спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуто зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

При цьому скасуванню підлягає ухвала касаційного суду в повному обсязі, тобто стосовно ОСОБА_1 і ОСОБА_2 як в оспореній частині правозастосування, так і в тій частині, яка в заявах не оспорюється, за винятком рішення про звільнення ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності на підставі статті 49 КК. Це зумовлюється необхідністю розв’язання питань, які уповноважений вирішити лише суд касаційної інстанції (зокрема, визначення остаточного покарання за сукупністю злочинів).

Керуючись пунктом 15 Перехідних положень Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-22, 400-23 КПК України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяви захисника Дуброва Г.М. задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня 2012 року щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2, за винятком рішення про звільнення ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності на підставі статті 49 КК, скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 жовтня 2012 року у справі № 5-21кс12

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій як заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

Характер взаємостосунків між потерпілим та винуватою, які передували злочину; літній вік та стан алкогольного сп'яніння потерпілого в момент спричинення ушкоджень; інтенсивність і послідовність поштовхів; характер, локалізація та механізм спричинення тілесних ушкоджень; поведінка винуватої після посягання, у своїй сукупності не давали підстав вважати, що вона мала намір заподіяти потерпілому будь-які тілесні ушкодження умисно.

Водночас ці обставини, особливо очевидний для винуватої стан алкогольного сп'яніння потерпілого і його неспроможність утриматися на ногах, у чому вона могла переконатись після першого поштовху, свідчать, що винувата не могла не розуміти і не передбачити, що від її поштовхів потерпілий може впасти і отримати смертельне ушкодження.

(Витяг)

Вироком Шевченківського районного суду м. Чернівців від 17 листопада 2010 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, таку, що не має судимості, засуджено: за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк сім років; за частиною 1 статті 135 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк один рік.

На підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів ОСОБА 1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк сім років шість місяців.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Чернівецької області ухвалою від 25 січня 2011 року вирок щодо ОСОБА 1 змінила: скасувала у частині засудження за частиною 1 статті 135 Кримінального кодексу України і закрила провадження у справі у цій частині обвинувачення та погодилась із засудженням ОСОБА 1 за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк сім років.

ОСОБА 1 визнано винуватою у тому, що вона увечері 8 грудня 2005 року на ІНФОРМАЦІЯ 2 розпочала сварку зі своїм чоловіком ОСОБА 2, який, на її погляд, перебував у стані алкогольного сп'яніння, і умисно штовхнула його руками у груди. Від поштовху ОСОБА 2 утратив рівновагу, впав і вдарився потилицею об стіну будинку. Як тільки ОСОБА 2 підвівся, ОСОБА 1 з умислом на заподіяння тілесних ушкоджень ще раз штовхнула його у груди. Від прикладеної сили ОСОБА 2 знову падає і б'ється потилицею об стіну будинку. Після цього удару він залишився нерухомо лежати на тротуарі.

6 січня 2006 року від ушкоджень голови ОСОБА 2 помер.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ не

погодилася з доводами захисту ОСОБА 1 про наявність у її діях ознак складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 119 Кримінального кодексу України, і ухвалою від 17 травня 2012 року зазначені судові рішення залишила без змін.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд до того ж суду. Вважає, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї і тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку прокурора, у справі щодо ОСОБА 1 касаційний суд припустився помилки у правозастосуванні, коли погодився із кваліфікацією судів нижчої ланки дій ОСОБА 1 за ознаками злочину, передбаченого частиною другою статті 121 Кримінального кодексу України.

На обґрунтування неоднаковості застосування норм закону про кримінальну відповідальність автор заяви послався на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 вересня 2010 року, яка залишила без змін вирок Куйбишевського районного суду м. Донецька від 6 липня 2009 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Донецької області від 6 жовтня 2009 року щодо ОСОБА 6. У цій справі дії ОСОБА 6 – під час сварки удар рукою в обличчя ОСОБА 5, а коли та присіла і намагалася підвестись, ще один удар ногою в обличчя, від якого ОСОБА 5 впала, ударилася потилицею об бордюр і від отриманих ушкоджень померла – касаційний суд розцінив як необережне вбивство і кваліфікував їх за частиною 1 статті 119 Кримінального кодексу України.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила обґрунтування заяви, науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і вважає, що заява підлягає задоволенню з огляду на таке.

Згідно зі статтею 400^{11} Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Під подібними суспільно небезпечними діяннями належить розуміти два і

більше (не менше двох) різні, але схожі між собою суспільно небезпечні діяння, тобто такі суспільно небезпечні діяння, які мають спільні риси, ознаки (схожі за суб'єктним складом, за об'єктивною стороною, формою вини, наслідками тощо).

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України, Верховний Суд України виходить із установлених фактичних обставин, викладених у судовому рішенні, що набрало законної сили.

У кримінальній справі, в якій заперечується правильність правозастосування, встановлено, що ОСОБА 1 двічі почергово штовхала ОСОБА 2 у груди, від чого той падав, бився потилицею об стіну, підіймався, знову падав і знову бився потилицею об стіну. Різкі короткі удари потерпілого в груди не були сильні і самі по собі не призвели і не могли призвести до утворення на тілі будь-яких ушкоджень. Тяжкі тілесні ушкодження, виявлені у ОСОБА 2 і від яких настала його смерть, не були спричинені безпосередніми насильницькими діями ОСОБА 1, а стали наслідком того, що ОСОБА 2 після штовхань останньої падав і бився головою об стіну будинку.

Ці обставини в поєднанні з іншими об'єктивними даними справи: характером взаємостосунків між потерпілим та ОСОБА 1, які передували злочину; літнім віком та станом алкогольного сп'яніння потерпілого в момент спричинення ушкоджень; інтенсивністю і послідовністю поштовхів; характером, локалізацією та механізмом спричинення тілесних ушкоджень; поведінкою ОСОБА 1 після посягання, у своїй сукупності не давали підстав вважати, що ОСОБА 1 мала намір заподіяти потерпілому будь-які тілесні ушкодження умисно.

Водночас ці обставини, особливо очевидний для ОСОБА 1 стан алкогольного сп'яніння потерпілого і його неспроможність утриматися на ногах, у чому вона могла переконатись після першого поштовху, свідчать, що ОСОБА 1 не могла не розуміти і не передбачити, що від її поштовхів потерпілий може впасти і отримати смертельне ушкодження.

У справі, яка надана як приклад неоднакового застосування норми матеріального закону, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння за характером дії, наслідками та причинно-наслідковим зв'язком подібні до таких же ознак діяння, інкримінованого ОСОБА 1. У цій справі касаційний суд розцінив дії ОСОБА 6 як необережне вбивство і кваліфікував їх за частиною 1 статті 119 Кримінального кодексу України.

Порівняння правових висновків оспореного та порівнюваного рішень дає підстави зробити висновок, що, попри подібність суспільно небезпечних діянь, вони отримали неоднакову кримінально-правову оцінку, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Оскільки у кримінальній справі щодо ОСОБА 1 Верховний Суд України встановив помилковість висновків суду касаційної інстанції, однак процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, тому за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення

виконання завдань кримінального судочинства (стаття 2 Кримінально-процесуального кодексу України) змушений застосувати найбільш прийнятний спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуте зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Отже, заява заступника Генерального прокурора України підлягає задоволенню, ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 травня 2012 року щодо ОСОБА 1 скасуванню, а справа – направленню на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи необхідно провести з дотриманням вимог чинного законодавства.

На підставі викладеного, керуючись статтями 400-20, 400-21, 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 травня 2012 року щодо ОСОБА 1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

2. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я ОСОБИ

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 жовтня 2012 року у справі № 5-22кс12

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що винуватий, заподіюючи тілесні ушкодження потерпілому у спосіб та за обставин, викладених у вироку, передбачав і бажав заподіяти будь-які тілесні ушкодження, у тому числі й ті, що

фактично настали. Заподіюючи тілесні ушкодження, винуватий не передбачав настання смерті від застосованого насильства, але мав би передбачити такі наслідки.

Натомість у судових рішеннях, які порівнюються, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь давали підстави вважати, що винуваті, застосовуючи насильство, яке їм поставлено у провину, – удар ногами по нозі й у груди (справа щодо винуватого 1) та удар кулаком по голові, що призвело до падіння та удару потилицею голови об цементний поріг (справа щодо винуватого 2), – не бажали заподіяти умисні тяжкі тілесні ушкодження, але могли і мали б передбачити настання тяжких наслідків для потерпілих, зокрема і смерть.

(Витяг)

Вироком Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 12 серпня 2011 року ОСОБА_2.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк сім років.

Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 25 жовтня 2011 року вирок щодо ОСОБА_2.1 змінив: у порядку статті 365 Кримінально-процесуального кодексу України уточнив дату вчинення злочину ОСОБА_2.1, зазначивши, що це діяння було вчинено приблизно о 2-ій годині ночі 2 листопада 2005 року. У решті вирок залишено без змін.

Із урахуванням змін, внесених апеляційним судом, ОСОБА_2.1 визнано винним у тому, що він уночі 2 листопада 2005 року, знаходячись біля бару «Геол» за АДРЕСА_1 у смт Новофедорівка Сакського району, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, на грунті особистих неприязних стосунків під час сварки із ОСОБА_3 умисно завдав останньому удари ліктем правої руки по голові та коліном у тулуб, від яких той упав на землю. Після цього ОСОБА_2.1 завдав ОСОБА_3 ще один удар правою ногою у груди зліва, унаслідок чого потерпілому були заподіяні тяжкі тілесні ушкодження, від яких він помер.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 8 травня 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_2.1 залишила без змін.

У заяві адвокат ОСОБА_1 просить переглянути ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 травня 2012 року щодо ОСОБА_2.1 із підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Він вважає, що в оспореному судовому рішенні неправильно оцінені фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, що призвело до помилки у правозастосуванні. На думку заявника, суд касаційної інстанції не врахував, що смерть потерпілого настала не від насильства, застосованого ОСОБА_2.1, а від падіння потерпілого та удару лівою задньо-боковою поверхнею грудей об

предмет із нерівними краями. Такі дії підпадають під ознаки складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 119 Кримінального кодексу України.

На обґрунтування своєї позиції адвокат ОСОБА_1 посилається на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 жовтня 2011 року, якою судові рішення щодо ОСОБА_2 змінені. На думку адвоката, незважаючи на те, що касаційний суд визнав, що ОСОБА_2 умисно наніс один удар ногою по лівій нозі ОСОБА_4, від якого останній упав на землю, і ще один удар ногою в іншу частину тіла, заподіявши ОСОБА_4 тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок чого після проведеного хірургічного втручання розвинулось ускладнення – тромбоемболія легеневої артерії, що призвело до гострої легенево-серцевої недостатності та смерті, дії ОСОБА_2 перекваліфікував із частини 2 статті 121 на частину 1 статті 119 Кримінального кодексу України.

Адвокат ОСОБА_1 посилається також на ухвалу того ж суду від 16 червня 2011 року, який судові рішення про засудження ОСОБА_4 за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України скасував і направив на новий судовий розгляд у зв'язку із неправильною кваліфікацією злочину.

Заслухавши доповідь судді Верховного Суду України Косарєва В.І., пояснення адвоката ОСОБА_1 про необхідність задоволення заяви із наведеного у ній обґрунтування, пояснення прокурора про відмову у задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю обставин, які підтверджують неоднакове застосування норми закону про кримінальну відповідальність, перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вважає, що заява задоволенню не підлягає.

Згідно зі статтею 400^{11} Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, передбаченої пункту 1 частини 1 статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України, Верховний Суд України виходить із встановлених судом обставин, які викладені у судовому рішенні, що набрало законної сили.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної

інстанції, встановлено, що ОСОБА_2.1, заподіюючи тілесні ушкодження потерпілому у спосіб та за обставин, викладених у вироку, передбачав і бажав заподіяти будь-які тілесні ушкодження, у тому числі й ті, що фактично настали. Заподіюючи насильство, ОСОБА_2.1 не передбачав настання смерті від його насильства, але мав би її передбачити.

Натомість у судових рішеннях, які порівнюються, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь давали підстави вважати, що ОСОБА_2 і ОСОБА_4, застосовуючи насильство, яке їм поставлено у провину, – удар ногами по нозі й у груди (справа щодо ОСОБА_2) та удар кулаком по голові, що призвело до падіння та удару потилицею голови об цементний поріг (справа щодо ОСОБА_4), – не бажали заподіяти умисні тяжкі тілесні ушкодження, але могли і мали передбачити настання тяжких наслідків для потерпілих, зокрема і смерть.

Порівняння висновків у зазначених судових рішеннях дає підстави вважати, що, хоча за зовнішнім виявом дії засуджених у справі, судове рішення якої оспорюється, і судові рішення, які надані для порівняння, чимось і схожі між собою, мають спільні риси, тобто є подібними, але різняться за об'єктивною і суб'єктивною сторонами. І ця відмінність не викликала неоднакового застосування норми матеріального закону.

Ураховуючи викладене, доводи, наведені у заяві адвоката ОСОБА_1 про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

Керуючись статтями 400^{21}, 400^{23}, 400^{24} Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

відмовити у задоволенні заяви адвоката ОСОБА_1 в інтересах засудженого ОСОБА_2.1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-8к13

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

Винуватий, заподіюючи тілесні ушкодження потерпілому у спосіб та за обставин, викладених у вироку, розумів можливі негативні наслідки своїх дій, у тому числі й ті, що фактично настали.

Суд касаційної інстанції погодився з висновками суду першої та апеляційної інстанцій про те, що, зіштовхуючи із силою потерпілого з висоти 0,8 м на землю з асфальтобетонним покриттям, винуватий усвідомлював небезпечний характер свого діяння, передбачав, що під час падіння останній може вдаритися об асфальтобетонне покриття дороги головою, від чого його здоров'ю буде спричинена тяжка шкода, і хоча не бажав, але свідомо допускав настання таких наслідків.

(Витяг)

Вироком Ружинського районного суду Житомирської області від 22 березня 2012 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною другою статті 121 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк вісім років шість місяців.

ОСОБА_1.1 визнано винним у тому, що він 28 жовтня 2011 року за АДРЕСА_1, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, під час сварки, яка виникла з ОСОБА_2.2 на розвантажувальній платформі (висотою 0.8 м), умисно вдарив потерпілого кулаком в обличчя і тут же з силою штовхнув його з бетонної площадки, через що ОСОБА_2.2 упав на асфальтобетонне покриття дороги. Внаслідок зазначених дій ОСОБА_1.1 ОСОБА_2.2. були спричинені тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя, від яких потерпілий помер.

Апеляційний суд Житомирської області ухвалою від 29 травня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1.1 залишив без змін.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 1 листопада 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_1.1 залишив без змін.

У заяві про перегляд поданій у встановлений частиною 2 статті 400^{14} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року строк до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, адвокат Гродовська О.П. порушила питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 листопада 2012 року щодо ОСОБА_1.1 з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На обґрунтування своїх вимог адвокат Гродовська О.П. зазначає, що згідно з матеріалами кримінальної справи тяжкі тілесні ушкодження у потерпілого ОСОБА_2.2, внаслідок яких настала смерть, виникли не від удару ОСОБА_1.1, а через падіння з площадки та удару головою об асфальтобетонне покриття, тому дії ОСОБА_1.1 неправильно кваліфіковані за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України. Захисник вважає, що падіння потерпілого виникло внаслідок поштовху в груди, а не удару в ділянку лівого ока, що у ОСОБА_1.1 не було умислу спричинити потерпілому тяжкі тілесні ушкодження і що у справі невірно встановлено мотив злочину, оскільки ОСОБА_1.1 та ОСОБА_2.2 товаришували багато років і особистих неприязних стосунків між ними не було.

При цьому адвокат Гродовська О.П. посилається на ухвали суду касаційної інстанції, зокрема від 17 січня 2012 року, 11 грудня 2012 року, 22 березня 2011 року, в яких особи засуджені за статтею 119 Кримінального кодексу України, які завдали потерпілим удари (поштовхи), від яких останні падали, вдаряючись об плоску поверхню підлоги та дерев'яну кришку стола, і отримували тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок яких настала їх смерть.

У рішеннях касаційного суду від 8 листопада 2011 року та від 9 вересня 2010 року особи засуджені за статтею 119 Кримінального кодексу України, які завдали потерпілим удари в голову, через що останні падали, вдаряючись головою об асфальт та бордюр, і отримували тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок яких настала їх смерть.

Іншими рішеннями касаційного суду від 4 червня 2009 року і від 16 червня 2011 року, відповідно до яких особи були засуджені за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України як такі, що завдали потерпілим удари, від яких останні падали на цементний поріг та цементно-бетонне покриття і отримували тяжкі тілесні ушкодження, внаслідок яких наставала смерть, рішення судів скасовувалися, а кримінальні справи поверталися на новий судовий та апеляційний розгляди, так як суд касаційної інстанції не знаходив підстав для кваліфікації дій засуджених за умисне спричинення тяжких тілесних ушкоджень, що потягло смерть потерпілих.

Вважаючи дії ОСОБА_1.1 та осіб, рішення щодо яких взяті для порівняння, подібними, але такими, що мають іншу кваліфікацію, адвокат Гродовська О.П. просить скасувати рішення касаційного суду від 1 листопада 2012 року щодо ОСОБА_1.1, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді Верховного Суду України Косарєва В.І., пояснення прокурора про відмову у задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю обставин, які підтверджують неоднакове застосування норми закону про кримінальну відповідальність, перевіривши матеріали кримінальної справи та доводи заяви, ознайомившись з науковими висновками у справі, дійшла висновку про таке.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, передбаченої пункту 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Верховний Суд України виходить із встановлених судом обставин, які викладені у судовому рішенні, що набрало

законної сили.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1.1, заподіюючи тілесні ушкодження потерпілому у спосіб та за обставин, викладених у вироку, розумів можливі негативні наслідки своїх дій, у тому числі й ті, що фактично настали.

Суд касаційної інстанції погодився з висновками суду першої та апеляційної інстанцій про те, що, зіштовхуючи із силою потерпілого ОСОБА_2.2 з висоти 0,8 м на землю з асфальтобетонним покриттям, ОСОБА_1.1 усвідомлював небезпечний характер свого діяння, передбачав, що при падінні останній може вдаритися об асфальтобетонне покриття дороги головою, від чого його здоров'ю буде спричинена тяжка шкода, і хоча не бажав, але свідомо допускав такі наслідки.

У рішеннях, які порівнюються, де касаційний суд дійшов висновку про обґрунтованість застосування статті 119 Кримінального кодексу України, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, вчинених Особою 2, Особами 6, Особою 5 і Особою 1, та обставини злочину, вчиненого ОСОБА_1.1, хоча за зовнішнім виявом і схожі між собою, мають спільні риси, тобто є подібними, але різняться за об'єктивною та суб'єктивною сторонами. І ця відмінність не викликала неоднакового застосування норми матеріального закону.

Враховуючи викладене, судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вважають, що доводи, наведені у заяві адвоката Гродовської О.П. про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, не підтвердилися і тому її заява задоволенню не підлягає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

відмовити у задоволенні заяви адвоката Гродовської О.П. в інтересах засудженого ОСОБА_1.1. Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 березня 2015 року у справі № 5-4кс15

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

Умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть

потерпілого, належить до категорії складних складів злочинів. З об'єктивної сторони цей злочин характеризуються суспільно небезпечними, протиправними діяннями та суспільно небезпечними наслідками, що настали для здоров'я потерпілого у вигляді тяжкого тілесного ушкодження, а також смерті. При цьому має бути встановлений причинний зв'язок між відповідним суспільно небезпечним діянням і наслідками у вигляді тяжкого тілесного ушкодження, яке, в свою чергу, спричинило смерть потерпілого.

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується двома формами вини – умислом (прямим/непрямим) щодо суспільно небезпечного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження і необережністю (злочинною самовпевненістю чи злочинною недбалістю) щодо настання смерті потерпілого (похідні наслідки). При цьому винний усвідомлює можливість настання похідного наслідку в результаті настання первинного.

Специфіка вбивства з необережності полягає в його суб'єктивній стороні: воно має місце лише при необережній формі вини, яка може виступати у вигляді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості.

Винуватий із неприязні підбіг до потерпілого та умисно вдарив його правою ногою в голову, чим спричинив потерпілому тяжкі тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми, лінійного перелому тім'яної, скроневої, потиличної кісток праворуч, від яких той помер у лікарні.

За фактичними обставинами, встановленими судами нижчої ланки, дії винуватого мали активний характер, були протиправними, між цими діями і їх наслідками у вигляді заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, існував прямий причинний зв'язок.

(Витяг)

Вироком Ірпінського міського суду Київської області від 28 листопада 2013 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною 2 статті 121 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк вісім років.

ОСОБА_2 визнано винуватим у тому, що він увечері 6 грудня 2011 року неподалік будинку ІНФОРМАЦІЯ_2 помітив знайомого ОСОБА_3, з яким перебував у неприязних відносинах, і вирішив спричинити йому тілесні ушкодження. Реалізуючи свій намір та усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх діянь, ОСОБА_2 підбіг до ОСОБА_3 і зненацька вдарив його правою ногою в голову. У результаті потерпілому були спричинені тяжкі тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми, лінійного перелому тім'яної, скроневої, потиличної кісток праворуч, від яких той помер у лікарні.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 29 квітня 2014 року змінив вирок щодо ОСОБА_2, пом'якшивши покарання за частиною 2 статті 121 КК до позбавлення волі на строк сім років.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 14 жовтня 2014 року рішення апеляційного суду щодо ОСОБА_2 залишила без змін.

У заяві захисник Лисенко С.М. просить переглянути рішення касаційного суду щодо ОСОБА_2 із підстави неоднакового застосування однієї і тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Стверджує, що касаційна інстанція безпідставно погодилася з висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА_2 за частиною 2 статті 121 КК. Вважає, що дії ОСОБА_2 слід кваліфікувати за частиною 1 статті 119 КК, оскільки тяжкі тілесні ушкодження у потерпілого, внаслідок яких настала смерть, виникли не від удару ногою засудженого ОСОБА_2, а через падіння потерпілого та удар головою об тверду поверхню (асфальт).

На обґрунтування неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвали касаційного суду від 13 березня, 17 квітня та 4 листопада 2014 року, в яких подібні суспільно небезпечні діяння були розцінені як вбивство через необережність і кваліфіковані за частиною 1 статті 119 КК.

Захисник Лисенко С.М. просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 жовтня 2014 року щодо ОСОБА_2, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Лисенка С.М., який підтримав заяву, пояснення потерпілої ОСОБА_1, її представника Дивака В.В. та прокурора, які заперечували проти задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

1. Підстава для перегляду Судом касаційного рішення щодо ОСОБА_2 в аспекті положень пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року зумовлюється виключно тими фактичними обставинами, які встановлені судовими інстанціями нижчого рівня і зазначені в рішеннях, що набрали законної сили.

2. Предметом перегляду справи є розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (частина 2 статті 121 КК), і вбивства через необережність (частина 1 статті 119 КК).

3. Умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, належить до категорії складних злочинів. З об'єктивної сторони цей злочин характеризуються суспільно небезпечними, протиправними діяннями та суспільно небезпечними наслідками, що настали для здоров'я потерпілого у вигляді спричинення тяжких тілесних ушкоджень, а також смерті. При цьому тяжкі тілесні ушкодження і смерть потерпілого перебувають у причинному зв'язку між собою та із вчиненим суспільно небезпечним діянням.

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується двома формами вини

– умислом (прямим/непрямим) щодо суспільно небезпечного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження і необережністю (злочинною самовпевненістю чи злочинною недбалістю) щодо настання смерті потерпілого (похідні наслідки). При цьому винний усвідомлює можливість настання похідного наслідку в результаті настання первинного.

4. Специфіка вбивства з необережності полягає в його суб'єктивній стороні: воно має місце лише при необережній формі вини, яка може виступати у вигляді злочинної самовпевненість або злочинної недбалості.

Суд раніше висловив правовий висновок про ознаки розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (частина 2 статті 121 КК), і вбивства через необережність (частина 1 статті 119 КК).

Судом наголошено, що розмежування цих складів злочинів здебільшого здійснюється за їх суб'єктивною стороною. Зміст і характер інтелектуального та вольового критеріїв вини у зазначених злочинах обумовлюються усвідомленням особою характеру вчиненого злочинного діяння, передбаченням його негативних наслідків та ставленням до цих наслідків, у зв'язку з чим судам належить ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Питання про умисел необхідно вирішувати з огляду на сукупність усіх обставин вчиненого діяння, зокрема враховувати спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень (справа № 5–8 кс 13).

5. У кримінальній справі, в якій заперечується правильність рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_2 із неприязні підбіг до ОСОБА_3 та умисно вдарив його правою ногою в голову, чим спричинив потерпілому тяжкі тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми, лінійного перелому тім'яної, скроневої, потиличної кісток праворуч, від яких той помер у лікарні.

За фактичними обставинами, встановленими судами нижчої ланки, дії ОСОБА_2 мали активний характер, були протиправними, між цими діями і їх наслідками у вигляді заподіяння ОСОБА_3 тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, існував прямий причинний зв'язок.

Встановлено, що ОСОБА_2 займався спортом, володів навиками нанесення ударів у системі спеціальних видів боротьби (тхеквондо). Наведені обставини в сукупності з даними про локалізацію і характер утворення тілесних ушкоджень свідчать про те, що ОСОБА_2, умисно завдаючи без будь-якого попередження удар з великою силою взутою ногою в голову потерпілому, який цього не очікував і не спроможний був захищатися, розраховував на особливу силу удару і такі можливі наслідки, як різке падіння потерпілого й удар головою об тверду поверхню землі (асфальт), від чого його здоров'ю буде спричинена тяжка шкода, і хоча не бажав, але свідомо припускав такі наслідки. При чому тяжкість цих наслідків у його свідомості не була конкретизована, тобто ОСОБА_2 діяв з невизначеним і непрямим умислом. У такому випадку є всі підстави констатувати наявність непрямого невизначеного умислу в діях ОСОБА_2 щодо спричинення потерпілому ОСОБА_3 тяжкого тілесного

ушкодження. Щодо спричинення смерті потерпілому, то в діях ОСОБА_2 має місце необережна форма вини у вигляді злочинної недбалості.

Зазначені обставини вказують на наявність у діях ОСОБА_2 ознак складу злочину, передбаченого частиною 2 статті 121 КК, що виключають можливість кваліфікації цього діяння за ознаками вбивства через необережність, тобто злочину, передбаченого статтею 119 КК.

6. У наданих для порівняння ухвалах судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 листопада 2014 року та 17 квітня 2014 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину до обставин діяння, вчиненого ОСОБА_2, однак отримали кримінально-правову кваліфікацію за статтею 119 КК.

Так, у справі щодо ОСОБА_5 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 листопада 2014 року) встановлено, що засуджений не мав умислу на спричинення ОСОБА_7 тяжких тілесних ушкоджень, а удар завдав рефлекторно, як відповідь на дії потерпілого, який завдав йому удар першим. Після цього ОСОБА_5 намагався привести потерпілого до свідомості, а також допоміг посадити його в автомобіль для переміщення в лікарню.

У справі щодо ОСОБА_5.1 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2014 року) встановлено, що засуджений, будучи сильною спортивно розвинутою особою, під час конфлікту з групою незнайомих осіб завдав ОСОБА_7.1, який привставав із землі і неочікувано для ОСОБА_5.1 узяв його за руку, один удар правою рукою в ділянку кута нижньої щелепи зліва і верхньої третини шиї по лівобічній поверхні, не врахувавши при цьому силу удару, не передбачивши можливості настання смерті іншої особи від вчиненого ним діяння, хоча повинен був і міг її передбачити, діючи з більшою обачністю. Отже, умислом ОСОБА_5.1 не охоплювалося заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, а щодо смерті потерпілого в його діях вбачається необережна вина.

Таким чином, у рішеннях, які порівнюються, де касаційний суд дійшов висновку про обґрунтованість застосування статті 119 КК, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, вчинених ОСОБА_5, та ОСОБА_5.1, й обставини злочину, вчиненого ОСОБА_2, хоча за зовнішнім виявом і схожі між собою, мають спільні риси, тобто є подібними, але різняться за об'єктивною та суб'єктивною сторонами. І ця відмінність не вказує на неоднакове застосування норми кримінального закону.

Крім того, захисник надав копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 березня 2014 року, згідно з якою ОСОБА_4 визнано винним у тому, що він, грубо порушуючи громадський порядок, з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, умисно, безпричинно завдав один удар великої сили кулаком в область обличчя ОСОБА_5.2, від якого останній упав, вдарився потиличною частиною голови об тверде покриття з тротуарної плитки та отримав тілесні ушкодження, від яких того ж дня помер.

Разом з тим, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України не бере до уваги зазначену ухвалу, оскільки судом касаційної інстанції скасовано судові рішення, а справу направлено на новий судовий розгляд із підстав порушення вимог кримінально-процесуального закону, а не у зв'язку з неправильністю кваліфікації дій ОСОБА_4.

Оскільки обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердились, підстав для визнання незаконним рішення касаційного суду щодо ОСОБА_2 немає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника Лисенка С.М. про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 жовтня 2014 року щодо ОСОБА_2.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 травня 2015 року у справі № 5-25кс15

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

Якщо смерть потерпілого настала від сильного удару кулаком в голову, то такого характеру діяння винуватого мають розцінюватись як заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, та кваліфікуватися за частиною другою статті 121 КК лише за наявності умислу винуватого щодо тяжких тілесних ушкоджень і необережності щодо смерті (тобто за наявності змішаної форми вини).

(Витяг)

Вироком Придніпровського районного суду м. Черкаси від 5 червня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 115 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк десять років, за частиною першою статті 125 КК до громадських робіт на строк 150 годин.

На підставі статті 70 КК за сукупністю цих злочинів ОСОБА_1 остаточно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк десять років.

Стягнуто з ОСОБА_1 на користь ОСОБА_2 на відшкодування моральної

шкоди 2000 грн. та судові витрати в сумі 392 грн. 20 коп. за проведення експертизи.

ОСОБА_1 засуджено за те, що він 1 січня 2013 року ввечері, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, ІНФОРМАЦІЯ_2 під час конфлікту спочатку вдарив кулаком і ногою ОСОБА_2, заподіявши йому легкі тілесні ушкодження, а потім завдав сильного удару лівим кулаком ОСОБА_3 у голову, заподіявши цьому потерпілому тяжкі тілесні ушкодження у виді черепно-мозкової травми з крововиливом під м'які мозкові оболонки головного мозку та мозочка з проривом у бокові шлуночки, крововиливом в м'які тканини в ділянці кута нижньої щелепи справа, від яких ОСОБА_3 помер на місці.

Апеляційний суд Черкаської області ухвалою від 18 серпня 2014 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Касаційний суд - колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – за наслідками перегляду ухвалою від 2 грудня 2014 року зазначені судові рішення щодо ОСОБА_1 змінив, перекваліфікував його дії з частини першої статті 115 КК на частину другу статті 121 КК і призначив за цим законом покарання у виді позбавлення волі на строк дев'ять років, а на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 остаточно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк дев'ять років.

Приводом для перегляду справи Верховним Судом України стала заява захисника Грабового І.П., а підставами – твердження в заяві про неоднакове застосування касаційним судом однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку захисника, дії засудженого неправильно кваліфіковано за частиною другою статті 121 КК, оскільки його дії слід розглядати як убивство через необережність і кваліфікувати за статтею 119 КК, у зв'язку з тим, що ОСОБА_1 лише допускав можливість настання шкідливих наслідків, але легковажно розраховував на їх відвернення, а щодо смерті потерпілого вбачається необережна форма вини.

Як приклад неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвалу касаційного суду від 17 квітня 2014 року, зі змісту якої вбачається, що вироком місцевого суду особу засуджено за частиною другою статті 121 КК за те, що вона в ході конфлікту завдала потерпілому удару кулаком в ділянку кута нижньої щелепи зліва і верхньої третини шиї по лівобічній поверхні, спричинивши таким чином тяжкі тілесні ушкодження. Касаційний суд з тих підстав, що умислом винного не охоплювалося заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, а щодо смерті потерпілого в його діях вбачається необережна вина, перекваліфікував дії винного з частини другої статті 121 КК на частину першу статті 119 КК.

У своїй заяві захисник Грабовий І.П. просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 2 грудня 2014 року щодо ОСОБА_1 і направити справу на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала

суддю-доповідача, пояснення захисника Грабового І.П., який підтримав заяву, пояснення потерпілої ОСОБА_4 і прокурора Курапова М.В. про безпідставність доводів заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою захисника Грабового І.П. допущена до провадження Верховного Суду України в порядку, встановленому главою 33 Кримінального процесуального кодексу і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 цього Кодексу.

2. Предметом перегляду зазначеної справи є: а) неоднакова правова позиція (застосування норми частини другої статті 121 КК) суду касаційної інстанції щодо кваліфікації дій у випадку, коли нанесенням удару в обличчя людини останній спричинюються смертельні (несумісні з життям) ушкодження; б) вирішення питання про те, чи у всіх подібних випадках є наявність необережної вини у формі злочинної самовпевненості чи злочинної недбалості стосовно самого діяння і тих наслідків, що наступили.

3. Норма, передбачена частиною другою статті 121 КК, - умисне тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого (кваліфікований вид складу злочину), встановлює обсяг (стан, зміст, конкретну сукупність) суспільних відносин, які охороняються її дією, разом із тим, вона визначає умови, характер, підстави застосування заходів кримінального примусу до суб'єктів, які порушили встановлений нею (нормою) обов'язок утримуватися від учинення дій певного змісту.

Об'єктом захисту зазначеної норми є здоров'я іншої особи незалежно від її стану та аномалій.

Склад злочину, передбачений частиною другою статті 121 КК, належить до особливих (складних) злочинів і виділений законодавцем в окремий вид необережного заподіяння смерті, тому що за своєю суттю, природою речей заподіяння смерті відбувається єдиним засобом - завданням тілесних ушкоджень.

Умисне тяжке тілесне ушкодження (стаття 121 КК) є злочином із матеріальним складом і змішаною формою вини.

Вчиняючи умисний злочин із матеріальним складом, особа інколи приводить у рух певні сили, які поза межами її волі тягнуть настання додаткових більш тяжких, небажаних наслідків. Ці наслідки, які перетворюють простий склад у кваліфікований, інкримінуються особі лише за умови встановлення щодо них (наслідків) необережної вини.

Складність об'єктивної сторони цього злочину полягає в тому, що передбачене законом умисне діяння спричиняє два різні похідні наслідки: первинний з них (найближчий) – тяжкі тілесні ушкодження (обов'язкова ознака об'єктивної сторони) – знаходяться у необхідному причинному зв'язку з наслідками вторинними (віддаленими) – смертю потерпілої особи (кваліфікуюча ознака). У цьому злочині згідно із законом і щодо діяння, і щодо першого, обов'язкового наслідку суб'єктивна сторона виражається в умислі (прямому чи непрямому), а стосовно другого (кваліфікованого) наслідку –

тільки в необережності (самовпевненості чи недбалості). У цілому цей злочин визнається умисним, бо саме умисне ставлення до діяння і найближчого наслідку визначає спрямованість злочину, його суспільну небезпечність.

Значення змішаної форми вини полягає в тому, що вона дає можливість: а) конкретизувати ступінь суспільної небезпечності злочину; б) визначити правильну кваліфікацію; в) відмежувати близькі за об'єктивними ознаками склади злочинів, зокрема умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, від убивства через необережність, коли винуватий не усвідомлював можливості настання похідного вторинного (віддаленого) наслідку в результаті настання похідного первинного (найближчого).

Прояв ознак умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, та вбивства через необережність, їх відмінність між собою полягає у фактичних підставах кваліфікації конкретного суспільно небезпечного діяння.

В аспекті сказаного слід звернути увагу на роз'яснення, що містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 року № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», в якій зазначено, що для відмежовування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, від убивства через необережність суди повинні ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного.

4. Із фактичних обставин справи щодо ОСОБА_1 встановлено, що засуджений мав навички у конфліктних ситуаціях завдавати сильного удару кулаком лівої руки будь-кому; і цього разу ОСОБА_1, стоячи обличчям до ОСОБА_3, несподівано (підступно) для потерпілого (який перебував, до того ж, у стані сп'яніння) кулаком лівої руки цілеспрямовано і з великою силою наніс йому удар у життєво важливий орган – голову (щелепу), спричинивши тим самим тяжкі тілесні ушкодження, від яких той на місці помер.

Діючи з такою силою, засуджений достеменно усвідомлював суспільно небезпечний характер своїх дій і передбачав, що внаслідок такої його поведінки буде заподіяно шкоду здоров'ю потерпілого. Водночас, цілеспрямовано наносячи удар у щелепу, ОСОБА_1 не конкретизував у своїй свідомості, яку ж саме шкоду здоров'ю (тяжкість тілесних ушкоджень) буде фактично заподіяно ним потерпілому. Тобто в даному випадку ОСОБА_1 діяв із невизначеним (неконкретизованим) умислом, за якого особа хоча і бажає спричинити або свідомо припускає спричинення шкоди здоров'ю потерпілого, але при цьому не конкретизує точними межами у своїй свідомості тяжкість цієї шкоди.

У таких випадках особа має відповідати за той результат (шкоду), який фактично було заподіяно, - умисне заподіяння тяжких ушкоджень. Що стосується смерті потерпілого, то в її настанні присутня лише необережна форма вини, бо хоча він і не бажав цього настання і навіть свідомо не допускав його, але повинен був і міг передбачити, що внаслідок його злочинних дій може настати і такий наслідок, як смерть потерпілого.

Отже, у даному випадку має місце вчинення ОСОБА_1 злочину з так званими похідними наслідками (з кваліфікуючими наслідками), суб'єктивна

сторона якого полягає у змішаній формі вини, коли умисно спричинений особою так званий прямий (безпосередній) наслідок (тяжкі тілесні ушкодження) тягне за собою ще один – опосередкований (похідний) наслідок (смерть потерпілого), психічне ставлення до якого з боку винного полягає лише в необережній формі вини – злочинній недбалості.

Саме тому суд касаційної інстанції фактичні підстави кваліфікації у цій справі розцінив правильно і зробив обґрунтований висновок про наявність у діях ОСОБА_1 ознак злочину, передбаченого частиною другою статті 121 КК.

Водночас проаналізовані фактичні обставини справи виключають можливість кваліфікації дій ОСОБА_1 за частиною першою статті 119 КК, оскільки природа його діянь (насильства), спрямованість та зміст умислу не дають підстав вважати, що ОСОБА_1 діяв необережно стосовно самого діяння і тих наслідків, що наступили, як про це стверджується в заяві захисника.

5. Натомість у судовому рішенні, наданому як приклад неоднакового правозастосування (порівнюване рішення), фактичні обставини суспільно небезпечного діяння давали підстави вважати, що особа в процесі конфлікту з групою незнайомих осіб, застосовуючи насильство, яке йому поставлено у провину, удар кулаком в ділянку кута нижньої щелепи зліва і верхньої третини шиї по лівобічній поверхні, не врахувавши при цьому силу удару, не передбачала можливості настання смерті іншої особи від вчиненого ним діяння, хоча повинна була і могла її передбачати діючи з більшою обачністю.

Зіставлення правових висновків у зазначених судових рішеннях дає підстави вважати, що, хоча за зовнішнім виявом дії засуджених у справі, судове рішення якої оспорюється, і у справі судове рішення якої надано для порівняння, схожі між собою, мають спільні риси, тобто є подібними, але різняться за об’єктивною і суб’єктивною сторонами. І ця відмінність не викликала неоднакового застосування норми матеріального закону.

Оскільки обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердились, підстав для визнання незаконним рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 немає.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

ухвалила:

відмовити у задоволенні заяви захисника Грабового І.П.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок. Якщо смерть потерпілого настала від тяжкого ушкодження, заподіяного сильним ударом кулака в голову, то такого характеру діяння винуватого мають розцінюватись як заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, та кваліфікуватися за частиною другою статті 121 КК лише за наявності умислу винуватого щодо тяжких тілесних ушкоджень і необережності щодо смерті (тобто при змішаній формі вини).

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 17 грудня 2015 року
у справі № 5-306кс15

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, в аспекті розмежування його з необережним вбивством*)

Між винуватим і потерпілим виникла конфліктна ситуація, яка переросла у бійку. Під час бійки винуватий, діючи на ґрунті раптово виниклої особистої неприязні, умисно завдав потерпілому серію ударів рукою в голову, заподіявши потерпілому тяжке тілесне ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми. Дії винуватого припинив свідок, відтягнувши його в сторону потерпілого, який залишався лежати на землі. Унаслідок заподіяння винуватим зазначеного ушкодженння настала смерть потерпілого.

Зазначені обставини (зокрема, характер дій засудженого, поведінка під час і після вчинення злочину, локалізація тілесних ушкоджень та механізм їх спричинення) дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо винуватого застосував правильно.

(Витяг)

Петрівський районний суд Кіровоградської області вироком від 13 травня 2014 року засудив ОСОБА_17, ІНФОРМАЦІЯ_1, не судимого, за частиною другою статті 121 Кримінального кодексу України (далі - КК) до покарання у виді позбавлення волі на строк сім років.

ОСОБА_17 визнано винуватим у тому, що він 26 лютого 2013 року в післяобідній час, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, неподалік магазину «Росинка» у селі Новий Стародуб Петрівського району Кіровоградської області на ґрунті раптово виниклої особистої неприязні, під час бійки з ОСОБА_18 умисно смикнув потерпілого за одяг, від чого той упав на землю, а потім сів на нього зверху та, діючи умисно, завдав йому ряд ударів рукою в голову. Унаслідок таких дій ОСОБА_17 ОСОБА_18 були заподіяні тяжкі тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми, що спричинило смерть потерпілого, яка настала в лікарні 8 березня 2013 року.

Апеляційний суд Кіровоградської області ухвалою від 9 грудня 2014 року вирок щодо ОСОБА_17 змінив, виключив з його мотивувальної частини вказівку про настання від злочину тяжких наслідків - смерті потерпілого як обставини, що обтяжує покарання. У решті вирок залишено без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 7 липня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА_17 залишив без зміни, а касаційну скаргу захисника ОСОБА_16 - без задоволення.

Захисник ОСОБА_16 звернувся до Верховного Суду України із заявою про перегляд судових рішень щодо ОСОБА_17 з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом

України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах та одних і тих самих норм права, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (далі - КПК), що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, а також невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України.

Захисник зазначає, що суди дійшли помилкового висновку про наявність у ОСОБА_17 умислу на заподіяння потерпілому ОСОБА_18 тяжких тілесних ушкоджень, та вважає, що в діях його підзахисного наявний склад кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 119 КК (вбивство, вчинене через необережність).

На обґрунтування неоднаковості у застосуванні судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права заявник надав копії ухвал Верховного Суду України від 9 вересня 2010 року та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2014 року, в яких у першому рішенні суд касаційної інстанції погодився з правильністю кваліфікації місцевим судом дій ОСОБА_6 за частиною першою статті 119 КК, а в другому - судові рішення щодо ОСОБА_5 змінив, перекваліфікував дії засудженого з частини другої статті 121 на частину першу статті 119 КК.

Вважає, що на відміну від порівнюваних судових рішень, суд касаційної інстанції за подібних правовідносин неоднаково застосував норму матеріального права, оскільки ОСОБА_17 не мав умислу на заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень і між його діями та наслідками, що настали, відсутній причинно-наслідковий зв'язок.

Як приклади неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих процесуальних норм захисник ОСОБА_16 надав копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 лютого 2015 року, 16 квітня 2015 року та 23 липня 2015 року. У цих рішеннях касаційний суд, дійшовши висновку про істотне порушення вимог КПК, зокрема, статей 17, 91, 373, 374 і 349, 419 і 420 КПК, визнав судові рішення судів нижчих інстанцій незаконними та необґрунтованими і постановив рішення про їх скасування та призначення нового розгляду у відповідній судовій інстанції.

Заявник посилається на відсутність у мотивувальній частині вироку належного і достатнього формулювання обвинувачення з посиланням на достовірні докази; вважає, що висновок суду ґрунтується на припущеннях і суперечливих доказах, які суд не усунув і не навів мотивів, з яких відкинув одні докази, а інші взяв до уваги, а також, що суд не з'ясував думку ОСОБА_17 щодо обсягу та порядку дослідження доказів.

Крім того, заявник вважає, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував норми статей 419 і 420 КПК, оскільки апеляційний суд не перевірив усі доводи апеляційної скарги і належним чином не мотивував прийняте рішення, а касаційний суд вказані процесуальні порушення судів першої та апеляційної інстанцій не усунув.

На обґрунтування своєї заяви з підстави невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України, заявник посилається на постанову Верховного Суду України від 19 березня 2015 року (справа № 5-4кс15) і на ухвалу Верховного Суду України від 28 травня 2015 року (справа № 5-25кс15), вказуючи, що ці судові рішення містять висновки щодо належного застосування частини другої статті 121 КК, які в даній справі касаційний суд безпідставно не застосував.

З урахуванням наведених доводів захисник просить судові рішення щодо ОСОБА_17 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду першої інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника ОСОБА_16, який підтримав заяву, думку прокурора про необхідність відмови у задоволенні заяви, перевірила матеріали кримінального провадження та, обговоривши доводи заяви, дійшла висновку про таке.

1. Відповідно до пункту 1 статті 445 КПК підставою для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Тобто передумовою для застосування вказаної підстави є наявність трьох складових:

а) суд касаційної інстанції у різних судових рішеннях має неоднаково застосувати одну й ту саму норму права, яка передбачена законом про кримінальну відповідальність;

б) суспільні відносини, що врегульовані конкретною нормою закону про кримінальну відповідальність, яка застосовується касаційним судом, повинні мати ознаки подібності (схожості);

в) постановлені касаційним судом рішення мають бути відмінними за висновками, викладеними у мотивувальній та резолютивній частинах таких.

Верховний Суд України у своїх постановах неодноразово висловлював позицію відносно неоднаковості застосування одних і тих самих норм закону, зазначаючи, зокрема, що під даним поняттям слід розуміти різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми закону.

Як видно з копії ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 вересня 2010 року, наданої захисником для порівняння, у цій справі касаційний суд підтвердив обґрунтованість засудження ОСОБА_6 за вчинення злочину, передбаченого частиною першою статті 119 КК, тобто висловив правову позицію відносно правильності застосування саме цієї норми кримінального закону, а не норми частини другої статті 121 КК. Таким чином, у порівнюваному та оспорюваному рішеннях судом було застосовано різні норми закону України про кримінальну

відповідальність, що свідчить про відсутність підстави для перегляду судових рішень, передбаченої пунктом 1 статті 445 КПК України.

Долучену до заяви копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2014 року, згідно з якою касаційний суд перекваліфікував дії засудженого з частини другої статті 121 КК на частину першу статті 119 цього ж Кодексу, Судова палата вважає належним рішенням, наданим для порівняння в аспекті розуміння норми пункту 1 статті 445 КПК, і зауважує про те, що Верховний Суд України раніше сформулював правовий висновок стосовно розмежування складів злочинів (кримінальних правопорушень) умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (частина друга статті 121 КК), і вбивство через необережність (частина перша статті 119 КК).

Цей висновок зводиться до нижчезазначеного.

Умисне тяжке тілесне ушкодження є злочином із матеріальним складом і змішаною формою вини - умислом (прямим/непрямим) щодо суспільно небезпечного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження і необережністю (злочинною самовпевненістю чи злочинною недбалістю) щодо настання смерті потерпілого (похідні наслідки). При цьому винний усвідомлює можливість настання похідного наслідку в результаті настання первинного. Суб'єктивна сторона вбивства через необережність характеризується лише необережною формою вини у вигляді злочинної самовпевненості чи злочинної недбалості.

Розмежування цих складів злочинів здебільшого здійснюється за їх суб'єктивною стороною, виходячи з фактичних підстав кваліфікації конкретного суспільно небезпечного діяння, зокрема способу, знаряддя злочину, кількості, характеру і локалізації тілесних ушкоджень.

Зі встановлених судами факту обставин справи, у якій заперечується правильність правозастосування, видно, що між ОСОБА_17 і потерпілим виникла конфліктна ситуація, яка переросла у бійку. У ході бійки ОСОБА_17, діючи на ґрунті раптово виниклої особистої неприязні, умисно завдав ОСОБА_18 серію ударів рукою в голову, заподіявши потерпілому тяжкі тілесні ушкодження у вигляді закритої черепно-мозкової травми. Дії ОСОБА_17 припинив свідок ОСОБА_19, відтягнувши його в сторону потерпілого, який залишався лежати на землі. Унаслідок заподіяння ОСОБА_17 тяжких тілесних ушкоджень настала смерть потерпілого.

У судовому рішенні, наданому для порівняння (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2014 року), суд касаційної інстанції перекваліфікував дії ОСОБА_5 із частини другої статті 121 на частину першу статті 119 КК.

Як установлено у цій справі, ОСОБА_5, будучи сильною спортивно розвинутою особою, під час конфлікту з групою незнайомих осіб завдав ОСОБА_7, який привставав із землі і неочікувано для ОСОБА_5 узяв його за руку, один удар правою рукою в ділянку кута нижньої щелепи зліва і верхньої третини шиї по лівобічній поверхні, не врахувавши при цьому силу удару, не передбачивши можливості настання смерті іншої особи від вчиненого ним діяння, хоча повинен був і міг її передбачити, діючи з більшою обачністю.

Умислом ОСОБА_5 не охоплювалося заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, а щодо смерті потерпілого, то в його діях вбачається необережна вина.

Зіставлення правової оцінки фактичної та юридичної підстав кваліфікації суспільно небезпечних діянь в оспорюваному та порівнюваному судових рішеннях (зокрема, характеру дій засудженого, поведінки під час і після вчинення злочину, локалізації тілесних ушкоджень та механізм їх спричинення) дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо ОСОБА_17 застосував правильно.

2. У заяві захисник ОСОБА_16 вказує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції норм процесуального права, а саме, статей 17, 91, 373, 374 і 349, 419 і 420 КПК, що, на його думку, зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Однак, стверджуючи про порушення судами щодо ОСОБА_17 норм процесуального права, захисник, по суті, посилається на неповноту судового розгляду, оспорює правильність установлення фактичних обставин справи та винуватість ОСОБА_17 у вчиненні інкримінованого йому злочину, що відповідно до статті 445 КПК не є підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України.

Крім того, захисник не зазначає, у чому конкретно полягає неоднакове застосування судом касаційної інстанції норм процесуального закону та не наводить в обґрунтування цього відповідної аргументації.

3. Також захисник посилається на постанову Верховного Суду України від 19 березня 2015 року (справа №5-4кс15) й ухвалу Верховного Суду України від 28 травня 2015 року (справа №5-25кс15) як на приклади невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Суду. Однак у цих справах містяться висновки Суду стосовно правильного застосування частини другої статті 121 КК, що не дає підстав стверджувати про невідповідність оспорюваного судового рішення в частині кваліфікації дій засудженого ОСОБА_17 викладеній у цих рішеннях правовій позиції.

За таких обставин Судова палата вважає, що заява захисника ОСОБА_16 в інтересах засудженого ОСОБА_17 задоволенню не підлягає.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити в задоволенні заяви захисника ОСОБА_16 в інтересах засудженого ОСОБА_17 про перегляд вироку Петрівського районного суду Кіровоградської області від 13 травня 2014 року, ухвали Апеляційного суду Кіровоградської області від 9 грудня 2014 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 липня 2015 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-5кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з необережним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень*)

Розмежування умисного протиправного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження іншій людині (ч. 1 ст. 121 КК) і необережного заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (стаття 128 КК) здійснюється як за об'єктивною, так і суб'єктивною сторонами цих злочинів.

Надмірна сила ударів, їх раптовість та спрямування одного з них у скроневу ділянку голови потерпілого свідчать про те, що винуватий об'єктивно усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачав можливість настання наслідків у виді спричинення будь-якої за тяжкістю шкоди здоров'ю потерпілого, хоча й не конкретизував у своїй свідомості, якою саме буде така шкода. Тобто він діяв з неконкретизованим (невизначеним) умислом, за яким, незалежно від того, чи є такий умисел прямим або непрямим, настає відповідальність за фактично спричинену шкоду, у даному випадку – за умисне заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження.

З огляду на зазначені вище обставини дії винуватого обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 121 КК.

(Витяг)

Зазначена кримінальна справа з обвинувачення Особа 1 у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 121 Кримінального кодексу України (далі – КК), надійшла до суду першої інстанції від прокурора з обвинувальним висновком 8 вересня 2011 року.

Вироком Обухівського районного суду Київської області від 1 березня 2013 року Особа 1, Інформація 1, засуджено за частиною першою статті 121 КК на п'ять років позбавлення волі.

Особа 1 визнано винуватим у тому, що він у ніч на 5 липня 2010 року, знаходячись Інформація 2, на ґрунті виниклих неприязних відносин під час бійки, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх дій і бажаючи настання у потерпілого тілесних ушкоджень, умисно завдав Особа 2 не менше двох ударів кулаком у голову, один з яких у ліву скроневу ділянку, від чого той впав та вдарився потиличною частиною голови об асфальтне покриття. Внаслідок зазначених дій Особа 1 Особа 2 було спричинено відкриту черепно-мозкову травму. Виявлені у потерпілого тілесні ушкодження у виді скалкового перелому луски лівої скроневої кістки з переходом на основу черепа, перелому лобної кістки виникли внаслідок нанесення Особа 1 у голову Особа 2 щонайменше двох ударів кулаком правої руки, один з яких – у ліву скроневу ділянку, а ушкодження у виді перелому потиличної кістки зліва - внаслідок падіння з прискоренням на асфальтне покриття та контакту потиличною ділянкою голови із твердою поверхнею. Ці тілесні ушкодження як у комплексі,

так і кожне окремо є тяжкими тілесними ушкодженнями за критерієм небезпеки для життя в момент заподіяння.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 13 травня 2013 року залишив без зміни вирок Обухівського районного суду Київської області від 1 березня 2013 року щодо Особа 1.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 12 листопада 2013 року касаційну скаргу захисника Насадчука П.А. залишила без задоволення, а вирок Обухівського районного суду Київської області від 1 березня 2013 року та ухвалу Апеляційного суду Київської області від 30 травня 2013 року щодо Особа 1 – без зміни.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України захисник Насадчук П.А. посилається на те, що касаційна інстанція, залишаючи без зміни судові рішення щодо Особа 1, тобто підтверджуючи правильність кваліфікації його дій за частиною першою статті 121 КК, дійшла іншого висновку про кваліфікацію дій засудженого, ніж Верховний Суд України щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення судом касаційної інстанції різних за змістом судових рішень.

Зокрема, захисник вважає, що оскільки тілесні ушкодження у потерпілого Особа 2 виникли не від ударів, а внаслідок падіння потерпілого на тверду поверхню, то дії Особа 1 належало кваліфікувати не за частиною першою статті 121 КК (умисне тяжке тілесне ушкодження), а за статтею 128 КК (необережне тяжке тілесне ушкодження).

На обґрунтування такого твердження захисник Насадчук П.А. посилається на долучену до заяви копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 листопада 2009 року у справі щодо Особа 3.

У цій справі суд касаційної інстанції дії Особа 3, який вдарив потерпілого рукою в ліву частину голови, від чого той впав і, вдарившись задньою частиною голови об асфальтне покриття, отримав тяжкі тілесні ушкодження, перекваліфікував з частини першої статті 121 КК на статтю 128 КК.

Захисник Насадчук П.А. вважає, що як в оскаржуваному, так і в порівняному рішеннях йдеться про подібні суспільно небезпечні діяння, до яких суд касаційної інстанції неоднаково застосував одну й ту саму норму закону про кримінальну відповідальність, а тому просить Верховний Суд України переглянути судові рішення щодо Особа 1 та перекваліфікувати дії засудженого з частини першої статті 121 КК на статтю 128 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді, пояснення захисника, який просив задовольнити заяву, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження за заявою захисника Насадчука П.А. про перегляд кримінальної справи щодо Особа 1, проаналізувала висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви та дійшла висновку про таке.

Порівняння суспільно небезпечних діянь оспореного та порівнюваного рішень суду касаційної інстанції від 12 листопада 2013 року та 26 листопада 2009 року свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, зокрема, за об'єктом посягання – здоров'я іншої людини, суб'єктом злочину – фізична осудна особа, за такими ознаками об'єктивної сторони, як спосіб, знаряддя злочину, настання наслідків у виді отримання потерпілими тяжких тілесних ушкоджень. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспореному рішенні – за частиною першою статті 121 КК, а в порівнюваному – за статтею 128 КК. Така обставина, відповідно до вимог пункту 11 Розділу Х1 «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі – КПК 2012 року), пункту 1 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), дає підстави Верховному Суду України розглянути заяву захисника Насадчука П.А., вирішити питання законності прийнятого стосовно Особа 1 оспореного судового рішення і визначити ознаки відмінності між нормами закону про кримінальну відповідальність, передбаченими статтями 121 і 128 КК, що були застосовані у справах щодо Особа 1 і Особа 3.

Згідно з положеннями статті 400-11, пункту 1 частини першої статті 400-12, частини першої статті 400-21 КПК 1960 року перегляд Верховним Судом України оспореного судового рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені та визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій і з якими погодився суд касаційної інстанції.

Особа 1 визнано винним в умисному заподіянні тяжких тілесних ушкоджень Особа 2, тобто у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 121 КК.

За нормативним визначенням, умисне тяжке тілесне ушкодження (стаття 121 КК) з об'єктивної сторони характеризується дією або бездіяльністю у вигляді протиправного посягання на здоров'я іншої людини, наслідками у вигляді спричинення тяжких тілесних ушкоджень та причинним зв'язком між зазначеним діянням та наслідками, а з суб'єктивної сторони – умисною формою вини (прямим або непрямим умислом), коли винний усвідомлює, що може заподіяти тяжку шкоду здоров'ю потерпілого, передбачає такі наслідки і бажає або свідомо припускає їх настання (стаття 24 КК).

Необережне тяжке тілесне ушкодження (стаття 128 КК) характеризується аналогічними елементами об'єктивної сторони, а за суб'єктивною стороною проявляється в необережній формі вини у виді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості, визначення яких надано в статті 25 КК.

Наведене свідчить про те, що розмежування умисного протиправного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень іншій людині (частина перша статті 121 КК) і необережного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень (стаття 128 КК) здійснюється як за об'єктивною, так і суб'єктивною сторонами цих злочинів.

Крім того, при визначенні ступеня тяжкості заподіяних тілесних ушкоджень за способом вчинення діяння враховуються локалізація, характер, механізм утворення травм та ушкоджень, які можуть бути визнані тяжкими, в тому числі й небезпечними для життя в момент заподіяння, а зміст і характер

інтелектуального та вольового критеріїв вини у зазначених вище злочинах з матеріальним складом обумовлюються усвідомленням особою характеру вчиненого злочинного діяння, передбаченням його негативних наслідків та ставленням до цих наслідків.

У кримінальній справі, в якій заперечується правильність рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що Особа 1, підійшовши до групи людей, серед яких був Особа 2 з дружиною, спочатку на ґрунті неприязних стосунків без будь-якого попередження вдарив одну людину, а потім, коли Особа 2 вступився за неї, із значною силою раптово завдав йому кулаком правої руки не менше двох ударів у голову, один з яких у скроневу ділянку, від чого Особа 2 впав, ударившись головою об асфальтне покриття. За висновками комісійної судово-медичної експертизи, у потерпілого Особа 2 виявлено три групи тілесних ушкоджень різної локалізації та механізму заподіяння, які виникли в час і за обставин, встановлених органами досудового слідства і судом, а саме: скалковий перелом луски лівої скроневої кістки з переходом на основу черепа та перелом лобної кістки, які виникли не менше ніж від двох ударів кулаками в голову; перелом потиличної кістки ліворуч, який виник від падіння з прискоренням і удару головою об тверду поверхню, та ушкодження речовини головного мозку внаслідок зазначених вище травмуючих дій, і всі ці ушкодження в сукупності та кожне з них окремо є тяжкими тілесними ушкодженнями за критерієм небезпечності для життя в момент заподіяння.

Таким чином, за встановлених судом фактичних обставин дії Особа 1 відносно Особа 2 носили активний характер, були протиправними, між цими діями і їх наслідками існував прямий причинний зв'язок, а самі наслідки у виді тяжких тілесних ушкоджень були спричинені потерпілому не тільки в результаті його падіння й удару головою об тверду поверхню, а вже в той момент, коли винний, докладаючи певних зусиль, завдав Особа 2 кілька (не менше двох) ударів кулаком у голову, в тому числі у ліву скроневу ділянку. Надмірна сила ударів, їх раптовість та спрямування одного з них у скроневу ділянку голови потерпілого свідчили про те, що Особа 1 об'єктивно усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачав можливість настання наслідків у виді спричинення будь-якої за тяжкістю шкоди здоров'ю потерпілого, хоча й не конкретизував у своїй свідомості, якою саме буде така шкода. Тобто він діяв з неконкретизованим (невизначеним) умислом, за яким, незалежно від того, чи є такий умисел прямим або непрямим, настає відповідальність за фактично спричинену шкоду, у даному випадку - за умисне заподіяння Особа 2 тяжких тілесних ушкоджень.

З огляду на зазначені вище обставини дії Особа 1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 121 КК.

В ухвалі колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 листопада 2009 року відносно Особа 3 фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого Особа 1 слушно отримали іншу кримінально-правову кваліфікацію, а саме за статтею 128 КК.

У цій справі суд касаційної інстанції обґрунтовано перекваліфікував дії Особа 3 з частини першої статті 121 КК на статтю 128 КК, оскільки було встановлено, що сам по собі удар, завданий Особа 3 ліктем руки в ліву частину голови потерпілого, не призвів до спричинення тілесних ушкоджень, а був лише причиною падіння останнього й удару головою об тверду поверхню – асфальтне покриття, внаслідок чого ним отримано тяжкі тілесні ушкодження. У цьому випадку винний, завдаючи удару, не передбачав падіння і настання у потерпілого наслідків у виді тяжких тілесних ушкоджень, хоча повинен був і міг це передбачити, а тому діяв з необережності у виді злочинної недбалості.

Зіставлення обставин суспільно небезпечних діянь, установлених в оспорюваному та порівнюваному судових рішеннях, показує, що при однакових суспільно небезпечних наслідках, виявлених у потерпілих, а саме спричинення їм тяжких тілесних ушкоджень, наявні різні характеристики злочинних діянь за механізмом заподіяння цих наслідків та суб'єктивним ставленням до них винних осіб - неконкретизований умисел у діяннях Особа 1 та необережність в діянні Особа 3

Ураховуючи викладене, немає підстав вважати, що мало місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї ж норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь , а до дій Особа 1 належало застосувати норму статті 128 КК, а не частини першої статті 121 КК.

З огляду на викладене, заява захисника Насадчука П.А. в інтересах засудженого Особа 1 задоволенню не підлягає.

Керуючись пунктами 11, 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника Насадчука П.А.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 квітня 2014 року у справі № 5-13кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з необережним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень*)

Кримінальна відповідальність за необережне тілесне ушкодження (стаття 128 КК) настає за наявності тих самих ознак об'єктивної сторони, що притаманні складу злочину, передбаченого статтею 121 КК (за умови

заподіяння тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження), а за суб'єктивною стороною цей злочин проявляється в необережній формі вини у виді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості.

Місцевий суд встановив, що винуватий п'ять років займався боксом, характеризувався як особа, схильна до застосування фізичної сили у відносинах з іншими особами. Отже, наведені обставини в сукупності з даними про локалізацію і характер утворення тілесних ушкоджень, свідчили про те, що винуватий, завдаючи потерпілому удар кулаком в ділянку грудної порожнини, об'єктивно усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачав можливість настання наслідків у виді спричинення будь-якої за тяжкістю шкоди здоров'ю потерпілого, хоча і не конкретизував у своїй свідомості, якою саме буде така шкода. Тобто він діяв з неконкретизованим (невизначеним) умислом, за яким, незалежно від того, чи є такий умисел прямим або непрямим, настає відповідальність за фактично спричинену шкоду здоров'ю іншій особі – у цій справі за умисне заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження.

З огляду на зазначені обставини, дії винуватого обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 121 КК.

(Витяг)

Вироком Бобринецького районного суду Кіровоградської області від 12 червня 2013 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що відповідно до статті 89 Кримінального кодексу України (далі – КК) не має судимості, засуджено за частиною першою статті 121 КК на шість років позбавлення волі.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він 3 червня 2012 року приблизно о 19-ій год. на території ІНФОРМАЦІЯ_2, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, умисно завдав удар кулаком правої руки у живіт ліворуч неповнолітньому ОСОБА_2, заподіявши йому тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент їх заподіяння, які спричинили втрату органу – селезінки.

Апеляційний суд Кіровоградської області ухвалою від 27 серпня 2013 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 19 грудня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1 змінила – пом'якшила йому покарання за частиною першою статті 121 КК із застосуванням статті 69 КК до чотирьох років позбавлення волі, а в решті судові рішення залишила без зміни.

Крім того, вироком Ленінського районного суду м. Кіровограда від 28 серпня 2013 року ОСОБА_1 засуджено за частиною першою статті 122 КК на два роки позбавлення волі, а на підставі частини четвертої статті 70 КК шляхом часткового складання покарань, призначених за цим вироком та вироком Бобринецького районного суду Кіровоградської області від 12 червня

2013 року, остаточно визначено покарання шість років шість місяців позбавлення волі.

Постановою Ленінського районного суду м. Кіровограда від 25 березня 2014 року вирок цього ж суду від 28 серпня 2013 року щодо ОСОБА_1 приведено у відповідність, враховано покарання, призначене йому ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2013 року і на підставі частини четвертої статті 70 КК остаточно визначено покарання чотири роки позбавлення волі.

У заяві про перегляд Верховним Судом України ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2013 року з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), заступник Генерального прокурора України зазначає, що касаційний суд безпідставно погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій щодо кваліфікації дій ОСОБА_1. Заявник вважає, що ОСОБА_1 заподіяв потерпілому тяжке тілесне ушкодження шляхом одноразової необережної дії – удару під час імітації бійки в корпус тіла зі спини ліворуч, а тому його дії мають бути кваліфіковані за статтею 128 КК.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду заявник долучив копію ухвали Верховного Суду України від 14 червня 2007 року щодо ОСОБА_3, засудженої за статтею 128 КК, а також копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 червня 2013 року, в якій суд касаційної інстанції погодився з кваліфікацією дій ОСОБА_4 за частиною першою статті 119 КК, відхиливши доводи прокурора про необхідність кваліфікації дій засудженого як умисне вбивство.

Зазначає, що в кожній із наведених справ засуджені вчинили дії, від яких потерпілі отримали тілесні ушкодження, при цьому вони не бажали та не передбачали можливості настання таких наслідків. Заявник вважає, що у наданих для порівняння судових рішеннях суд касаційної інстанції правильно застосував кримінальний закон, а у оскарженому судовому рішенні, за подібних фактичних обставин суспільно небезпечних діянь, діям ОСОБА_1 дав іншу кримінально-правову оцінку.

Просить ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який підтримав заяву, перевірила матеріали кримінальної справи і, обговоривши доводи заяви, дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа щодо ОСОБА_1 допущена до провадження Верховного Суду України (далі – Суд) для перегляду рішення касаційного суду за заявою заступника Генерального прокурора України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), Главою 32^1 КПК 1960 року, і розглядається за

наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

2. Вирішуючи питання про наявність передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підстави для перегляду судового рішення, Суд виходить з установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили.

Із зазначеної у законі підстави Суд раніше неодноразово висловлював свою правову позицію щодо предмета і умов перегляду рішень суду касаційної інстанції (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України: № 5-4кс12 від 21 червня 2012 року, № 5-31кс13 від 17 жовтня 2013 року).

Як констатував Суд, ключовою умовою для перегляду рішення касаційного суду є наявність різних, незалежно від форми і змісту, правових висновків суду касаційної інстанції, в основі яких перебуває застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність у не менш, ніж у двох кримінальних провадженнях, і хоча б в одному з яких сторона кримінального провадження ставила під сумнів (оспорювала) у будь-який спосіб правильність застосування такої норми.

Вихід за межі визначених законом предмета та умов перегляду Судом рішень призведе до повторного касаційного перегляду, що не відповідатиме положенням пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК, і буде суперечити принципу правової визначеності.

3. Сторона обвинувачення сформулювала і пред'явила ОСОБА_1 обвинувачення в умисному заподіянні тяжкого тілесного ушкодження, небезпечного для життя в момент заподіяння, що спричинило втрату органу. Від цього обвинувачення ОСОБА_1 захищався в суді і за вчинення даного злочину був засуджений. Касаційний суд погодився з таким правозастосуванням.

А в судовому рішенні щодо ОСОБА_4, наданому для порівняння, суспільно небезпечне діяння кваліфікувалось за частиною першою статті 119 КК. Суд касаційної інстанції відхилив доводи прокурора про необхідність кваліфікації дій засудженого за частиною першою статті 115 КК, встановивши, що фактичні обставини справи виключають наявність в діях ОСОБА_4 будь-якого виду умислу на заподіяння смерті потерпілого.

Отже, посилання в заяві на висновки касаційного рішення у справі щодо ОСОБА_4 як на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні є неприйнятними, оскільки відсутнє застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність в наданому для порівняння рішенні, що не дає можливості висловитись щодо її неоднакового застосування.

4. Фактичні обставини, щодо яких ухвалено порівнюване судове рішення щодо ОСОБА_3, та обставини діяння, яке поставлено за провину ОСОБА_1, подібні між собою за рядом ознак. Так, ці діяння поєднують: за об'єктом посягання – здоров'я іншої людини; суб'єктом злочину – вчинення фізичною осудною особою; за об'єктивною стороною – настання наслідків у виді тілесного ушкодження. Порівняльний аналіз цих рішень касаційного суду свідчить про

наявність у діях засуджених осіб подібних суспільно небезпечних діянь та про можливість перегляду оспореного судового рішення із зазначеної підстави.

5. Предметом перегляду зазначеної справи є розмежування умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і заподіяння тілесних ушкоджень з необережності.

6. Умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (стаття 121 КК) з об'єктивної сторони характеризується протиправним посяганням на здоров'я іншої людини, шкідливими наслідками, що настали для здоров'я потерпілого у вигляді спричинення тілесних ушкоджень, встановлення причинного зв'язку між зазначеним діянням та наслідками. Із суб'єктивної сторони злочин може бути вчинений із прямим або непрямим умислом (умисна форма вини).

Кримінальна відповідальність за необережне тілесне ушкодження (стаття 128 КК) настає за наявності таких самих елементів об'єктивної сторони, як і складу злочину, передбаченого статтею 121 КК, за умови, якщо були заподіяні тяжкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження, а за суб'єктивною стороною цей злочин проявляється в необережній формі вини у виді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості.

Слід зазначити, що Суд раніше висловив правовий висновок про ознаки розмежування умисного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень (частина перша статті 121 КК) і необережного заподіяння тяжких тілесних ушкоджень (стаття 128 КК). У цьому висновку зазначено, що розмежування вказаних складів злочину здійснюється як за об'єктивною, так і суб'єктивною сторонами цих злочинів. Окрім того, при визначенні ступеня тяжкості заподіяних тілесних ушкоджень за способом вчинення діяння враховуються локалізація, характер, механізм утворення травм та ушкоджень, які можуть бути визнані тяжкими, в тому числі й небезпечними для життя в момент заподіяння, а зміст і характер інтелектуального та вольового критеріїв вини у зазначених злочинах з матеріальним складом обумовлюються усвідомленням особою характеру вчиненого злочинного діяння, передбаченням його негативних наслідків та ставленням до цих наслідків.

7. У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1 на території ІНФОРМАЦІЯ_2, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, умисно завдав удар кулаком правої руки у живіт ліворуч неповнолітньому ОСОБА_2. За даними висновку судово-медичної експертизи у потерпілого виявлені тілесні ушкодження – закрита тупа травма живота, розрив селезінки, внутрішньочеревна кровотеча, які мають ознаки тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння.

За встановлених судом фактичних обставин дії ОСОБА_1 носили активний характер, були протиправними, між цими діями і їх наслідками у вигляді заподіяння ОСОБА_2 тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент їх заподіяння, які спричинили втрату органу – селезінки, існував прямий причинний зв'язок. Місцевий суд встановив, що ОСОБА_1 п'ять років займався боксом, характеризувався як особа, схильна до застосування фізичної сили у відносинах з іншими особами. Отже, наведені обставини в сукупності з

даними про локалізацію і характер утворення тілесних ушкоджень, свідчили про те, що ОСОБА_1, завдаючи потерпілому удар кулаком в ділянку грудної порожнини, об'єктивно усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачав можливість настання наслідків у виді спричинення будь-якої за тяжкістю шкоди здоров'ю потерпілого, хоча і не конкретизував у своїй свідомості, якою саме буде така шкода. Тобто він діяв з неконкретизованим (невизначеним) умислом, за яким, незалежно від того, чи є такий умисел прямим або непрямим, настає відповідальність за фактично спричинену шкоду здоров'ю іншій особі – у цій справі за умисне заподіяння ОСОБА_2 тяжких тілесних ушкоджень.

З огляду на зазначені обставини, дії ОСОБА_1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 121 КК.

8. В ухвалі Верховного Суду України від 14 червня 2007 року щодо ОСОБА_3 фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено порівняне рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1, однак слушно отримали інакшу кримінально-правову кваліфікацію за статтею 128 КК.

У цій справі суд касаційної інстанції визнав правильною кваліфікацію дій ОСОБА_3 за статтею 128 КК, оскільки було встановлено, що вона викрутила потерпілій праву руку та через необережність зламала їй 4-ий палець і пошкодила зв'язки міжфалангових суглобів 2-ого, 3-ого, 4-ого і 5-ого пальців правої кисті, чим спричинила потерпілій середньої тяжкості тілесні ушкодження.

9. Підсумовуючи наведене, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що ознаки складу злочину, вчиненого ОСОБА_1, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною першою статті 121 КК, і відповідно до цієї норми отримали кримінально-правову оцінку (були кваліфіковані) в оспореному рішенні.

Оскільки фактичні обставини діяння ОСОБА_1 та їх правова оцінка не викликали (не зумовили) неоднакового застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність, підстав для втручання у рішення суду касаційної інстанції немає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2013 року щодо ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально – процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України
від 13 листопада 2014 року у справі № 5-31кс14

(*рішення про правильну кваліфікацію заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження в аспекті розмежування його з умисним заподіянням тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони*)

Дії щодо зупинення суспільно небезпечного посягання вважаються правомірними, якщо вони зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання.

У цій справі суд, мотивуючи відсутність підстав для застосування положень статті 36 КК, цілком правомірно зазначив у вироку, що в даному випадку не відбувалося такого посягання, яке б викликало у того, хто захищається (чи захищає), невідкладну необхідність у заподіянні тому, хто посягає, шкоди здоров'ю, необхідної для негайного відвернення чи припинення посягання.

(Витяг)

Вироком Прилуцького міськрайонного суду Чернігівської області від 20 березня 2013 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, громадянина України, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 121 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк 5 років.

ОСОБА_1, визнано винуватим у тому, що він 9 серпня 2010 року приблизно о 20-ій годині 30 хв. на подвір'ї будинку ІНФОРМАЦІЯ_2, під час сварки, яка виникла між мешканцями цього будинку ОСОБА_2 і ОСОБА_3 з одного боку та ОСОБА_4 і ОСОБА_5 з іншого боку, умисно завдав по лівому плечу ОСОБА_2 удар відрізком металевої труби, спричинивши йому тяжкі тілесні ушкодження за ознакою стійкої втрати загальної працездатності не менш як на одну третину.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Чернігівської області ухвалою від 10 липня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишила без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 червня 2014 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без зміни.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України захисник Коваленко О.Ю. просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 червня 2014 року щодо ОСОБА_1 і направити справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Заявник стверджує, що встановлені у ході слідства обставини справи свідчать про те, що ОСОБА_1 заподіяв шкоду здоров'ю потерпілого ОСОБА_2 в умовах необхідної оборони, оскільки таким чином припиняв суспільно небезпечне посягання з боку подружжя ОСОБА_2_3 на життя та здоров'я своєї цивільної дружини ОСОБА_4, яка на момент появи ОСОБА_1 на місці

конфлікту зазнала побиття і перебувала в непритомному стані. На думку захисника, суд у даній справі мав застосувати положення статті 36 КК і кваліфікувати дії ОСОБА_1 за статтею 124 КК.

На обґрунтування своїх вимог заявник посилається на правові висновки суду касаційної інстанції в інших справах, де подібні суспільно небезпечні діяння отримали іншу юридичну оцінку.

Зокрема, у справі щодо Ш. колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вбачила в обставинах справи ознаки реальної загрози життю та здоров'ю матері засудженого, захищаючи яку від посягання потерпілого, Ш. заподіяв останньому шкоду, яка вийшла за межі необхідності, у зв'язку з чим ухвалою від 17 травня 2005 року судові рішення щодо Ш. було змінено та перекваліфіковано його дії з частини першої статті 121 КК на статтю 124 КК.

В іншій справі колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 28 лютого 2013 року залишила без зміни судові рішення щодо громадянина, засудженого за статтею 124 КК, мотивувавши своє рішення тим, що дії винного, який з метою захисту свого сина заподіяв потерпілому тяжке тілесне ушкодження, що потягло смерть, були зумовлені потребою негайно відвернути посягання на фізичну недоторканість сина з боку потерпілого, а не умислом заподіяти смерть останньому.

Також захисник посилається на висновки колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, яка в ухвалі від 25 червня 2013 року погодилась із кваліфікацією за статтею 124 КК дій громадянина, який, помилково сприймаючи посягання на своє життя і здоров'я як реальне, вийшов за межі необхідної оборони і умисно завдав потерпілому тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент заподіяння.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який вважав, що в задоволенні заяви слід відмовити, дослідила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, обговорила доводи останньої і дійшла висновку, що заява задоволенню не підлягає з огляду на таке.

Кримінальну справу щодо ОСОБА_1 допущено до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32^{1} КПК 1960 року, вона розглядається на підставі, передбаченій пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю особи за обставин перевищення меж необхідної оборони.

Стаття 124 КК встановлює кримінальну відповідальність за умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, вчинене у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця. Диспозиція цієї норми містить обов'язкові ознаки складу злочину,

які відрізняють його від діянь, відповідальність за які настає за частиною першою статті 121 КК.

Виходячи із законодавчого визначення необхідної оборони у частині першій статті 36 КК, її сутність полягає у правомірному заподіянні шкоди особі, яка здійснює суспільно небезпечне посягання, особою, яка реалізує своє право на захист інтересів, що охороняються законом. Визначальним для поняття необхідної оборони є правомірність захисту і протиправність посягання.

Дії по зупиненню суспільно небезпечного посягання вважаються правомірними, якщо вони зумовлені потребою негайного відвернення чи припинення посягання.

Протиправність у кримінально-правовому розумінні є однією з ознак злочину поряд із суспільною небезпечністю, караністю, винністю і суб'єктом. Протиправність розуміється як юридичне втілення суспільної небезпечності. В теорії кримінального права загально визнано, що суспільно небезпечне посягання, щодо якого можлива необхідна оборона, – це діяння, що передбачене як злочин однією зі статей Особливої частини КК.

Разом із тим, необхідна оборона не допускається проти правомірних дій інших осіб, навіть якщо ними заподіюється шкода інтересам, що охороняються законом. Правомірність зазначених дій може зумовлюватися реалізацією прав, які належать особі чи надані законом, у тому числі і вчиненням таких дій за наявності обставин, що виключають їх суспільну небезпечність чи протиправність. Зокрема, не допускається необхідна оборона проти дій особи, які вчинюються нею в стані необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні злочинця, а також при виконанні нею професійних чи службових функцій із дотриманням умов їх правомірності.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, Верховний Суд України виходить із встановлених судом обставин, які викладено в судовому рішенні, що набрало законної сили.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що сім'ї ОСОБА_2_3 і ОСОБА_4_5-ОСОБА_1, будучи сусідами, тривалий час перебували в неприязних стосунках. 9 серпня 2010 року між ОСОБА_3 і ОСОБА_4 виникла сварка, яка перейшла в бійку між ними. На крики ОСОБА_3 та ОСОБА_4 до цього конфлікту долучилися на боці ОСОБА_3 її чоловік ОСОБА_2, а на боці ОСОБА_4 її цивільний чоловік ОСОБА_1 та син ОСОБА_5.

При цьому ОСОБА_1 підібрав відрізок металевої труби і вдарив ним свого сусіда ОСОБА_2 по лівому плечу, в результаті чого заподіяв йому тілесне ушкодження, яке з плином часу призвело до істотної втрати працездатності та віднесено до категорії тяжких. Після цього удару, за словами потерпілого, він упав на землю, а син ОСОБА_4 – ОСОБА_5 накинувся на нього з кулаками. У зв'язку з цим свідок ОСОБА_3, захищаючи свого чоловіка заподіяла ОСОБА_4 легкі тілесні ушкодження. У результаті судово-медичних досліджень у потерпілого, крім пошкодження руки, виявлено також легкі тілесні ушкодження з короткочасним розладом здоров'я і без такого, у ОСОБА_4 –

легкі тілесні ушкодження з короткочасним розладом здоров'я, у ОСОБА_1 – легкі тілесні ушкодження. У ОСОБА_3 тілесних ушкоджень зафіксовано не було – як пояснила свідок суду, вона не мала можливості звернутися по медичну допомогу.

Таким чином, суд у справі ОСОБА_1, мотивуючи відсутність підстав для застосування положень статті 36 КК, цілком правомірно зазначив у вироку, що в даному випадку не відбувалося такого посягання, яке б викликало у того, хто захищається (чи захищає), невідкладну необхідність у заподіянні тому, хто посягає, шкоди здоров'ю, необхідної для негайного відвернення чи припинення посягання. Суд касаційної інстанції, відхиляючи доводи захисту про необхідність кваліфікації дій ОСОБА_1 за ст. 124 КК, теж обґрунтував свою позицію тим, що обставини даної справи не давали підстав висновку про наявність суспільно небезпечного посягання, яке б виправдало заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю потерпілого.

Натомість у порівнюваних судових рішеннях йдеться про одиничні випадки протистояння, в яких протиправність посягання або загрози такого посягання з боку потерпілої особи, а також суб'єктивне сприйняття засудженим реальності такого посягання не піддавались сумніву.

Зокрема, в ухвалі колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 травня 2005 року засуджений Ш., побачивши реальну загрозу життю своєї матері з боку сусіда, який зайшов на подвір'я і став розмахувати сокирою перед її обличчям, долучився до конфлікту на боці близької йому людини і з метою захисту її від посягання озброєного сокирою нападника скористався предметом для нанесення ударів (дерев'яний держак від лопати), яким вибив з його рук сокиру та наніс йому цим предметом удар по голові, заподіявши тяжке тілесне ушкодження.

В іншій справі колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розцінила як перевищення меж необхідної оборони дії чоловіка, який з метою перешкодити злочинним діям потерпілого і захистити життя і здоров'я свого сина, завдав нападнику удар косою в груди, спричинивши йому небезпечне для життя тяжке тілесне ушкодження, від якого той помер. Як зазначив суд, засуджений завдав шкоди життю та здоров'ю потерпілого саме у зв'язку з тим, що існувала потреба негайно відвернути безперечно протиправне посягання на його сина, якому на цей момент вже було заподіяно тілесні ушкодження різного ступеню тяжкості.

Що ж стосується ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року, то у цій справі суд керувався положеннями іншої кримінальної норми – статті 37 КК, оскільки обґрунтував свій висновок про правильність кваліфікації дій засудженого за статтею 124 КК тим, що останній, помилково сприймаючи посягання потерпілого як реальні, мав достатні підстави сприймати його дії як загрозу для свого життя і здоров'я, а тому, перевищивши межі адекватного захисту, підлягав відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

Таким чином, суспільно небезпечні діяння, яким касаційний суд дав оцінку в оскарженому та порівнюваних рішеннях, хоча певним чином схожі між собою за зовнішнім проявом (за суб'єктним складом, об'єктом посягання – життя та здоров'я, формою вини – умисел, наслідками – заподіяння тяжких тілесних ушкоджень), але обставини цих діянь відрізняються за визначальною ознакою – відсутністю в діях потерпілої особи суспільно небезпечного посягання. У зв'язку з цим, у справі ОСОБА_1, на відміну від порівнюваних судових рішень, відсутні підстави для застосування положень статті 36 КК і кваліфікації діянь засудженого за ст. 124 КК.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-20, 400-21, 400-23 КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити в задоволенні заяви захисника Коваленка О.Ю. в інтересах засудженого ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

3. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 30 травня 2008 р. № 5

Узагальнення судової практики у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи свідчить, що при розгляді справ цієї категорії суди в основному правильно застосовують чинне законодавство, проте ще мають місце й недоліки.

З метою однакового та правильного застосування судами законодавства про відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, запобігання виникненню судових помилок при розгляді таких справ Пленум Верховного Суду України постановляє дати судам такі роз'яснення:

1. За змістом статті 152 Кримінального кодексу України (далі – КК) зґвалтуванням слід розуміти природні статеві зносини між особами різної статі всупереч або з ігноруванням волі потерпілої особи із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Перелік неправомірних дій, якими обумовлюється факт зґвалтування, є вичерпним. Тому дії особи, яка домоглася згоди особи протилежної статі на

статеві зносини в інший спосіб, наприклад, шляхом настирливих пропозицій вступити у статеві зносини або шляхом обману чи зловживання довірою (освідчення у коханні, завідомо неправдива обіцянка укласти шлюб, сплатити за сексуальну послугу тощо) не можуть кваліфікуватись за статтею 152 КК.

Потерпілою особою від зґвалтування може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі, незалежно від її поведінки до вчинення злочину, способу життя, попередніх стосунків із суб'єктом злочину, зокрема перебування з ним у зареєстрованому шлюбі, проживання однією сім'єю тощо.

2. Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (стаття 153 КК) виключає природний статевий акт і може полягати у вчиненні акту мужолозтва, лесбійства, а також в інших діях сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину (чоловіка або жінки) неприродним способом, із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Насильницьке уведення в отвори тіла потерпілої особи різних предметів (палиці, пляшки тощо) може кваліфікуватися за відповідною частиною статті 153 КК тільки за умови, якщо умисел винної особи був направлений на задоволення у такий спосіб статевої пристрасті неприродним способом. У разі відсутності такого умислу ці дії за наявності передбачених кримінальним законом ознак мають кваліфікуватися за відповідними статтями КК, якими передбачено відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи, або ж як хуліганство тощо.

3. Фізичним насильством, передбаченим диспозиціями статей 152, 153 КК, слід вважати умисний зовнішній негативний вплив на організм потерпілої особи або на її фізичну свободу, вчинений з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи або приведення її у безпорадний стан. Такий вплив може виражатись у нанесенні ударів, побоїв, заподіянні тілесних ушкоджень, здавлюванні дихальних шляхів, триманні рук або ніг, обмеженні або позбавленні особистої волі, уведенні в організм потерпілої особи проти її волі наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин тощо.

Заподіяння потерпілій особі при зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом чи замаху на ці злочини умисного легкого тілесного ушкодження охоплюється відповідною частиною статті 152 або статті 153 КК і додаткової кваліфікації за статтею 125 КК не потребує, оскільки заподіяння шкоди здоров'ю у таких межах охоплюється диспозицією закону про відповідальність за зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом. У разі поєднання насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом із заподіянням потерпілій особі умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження дії винної особи необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною статті 122 КК та відповідною частиною статті 152 або статті 153 КК.

Зґвалтування (стаття 152 КК) та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (стаття 153 КК) слід визнавати вчиненим із

застосуванням фізичного насильства і тоді, коли таке насильство застосовувалося не до самої потерпілої особи, а з метою подолання чи попередження її опору до іншої людини, доля якої їй не байдужа (родича, близької особи).

Заподіяння в ході зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи тілесних ушкоджень її родичам чи близьким їй особам, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтею 152 або статтею 153 КК та відповідними статтями КК, які передбачають відповідальність за злочини проти здоров'я особи, оскільки у такому разі умисел суб'єкта злочину направлений не тільки на вчинення зґвалтування потерпілої особи або насильницького задоволення щодо неї статевої пристрасті неприродним способом, а й на заподіяння шкоди здоров'ю іншій особі (іншим особам).

4. Погрозою застосування фізичного насильства як способу подолання чи попередження опору потерпілої особи слід вважати залякування її застосуванням такого насильства до неї і (або) до іншої людини, доля якої потерпілій не байдужа (родича, близької особи), яке може полягати у висловлюваннях, жестах, демонструванні зброї або предметів, що можуть бути використані для нанесення тілесних ушкоджень, предметів, що імітують зброю, які потерпіла особа сприймає за справжню зброю, чи інших діях.

Погроза застосування фізичного насильства повинна сприйматися потерпілою особою як реальна, тобто у неї має скластись враження, що у разі, якщо вона протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, цю погрозу буде реалізовано. Судам слід мати на увазі, що така погроза може сприйматися потерпілою особою як реальна, виходячи з часу, місця та обстановки, що склалася (оточення групою осіб, глухе і безлюдне місце, нічний час, зухвале, грубе і настирливе домагання вступити в статеві зносини чи задовольнити статеву пристрасть неприродним способом тощо).

Інші види погроз, зміст яких не передбачав застосування фізичного насильства до потерпілої особи чи іншої людини (наприклад, погроза знищити або пошкодити майно потерпілої особи чи її родичів, розголосити відомості, що ганьблять їх честь і гідність), не дають підстав розглядати вчинені з використанням таких погроз статеві зносини чи дії сексуального характеру як зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Погроза вчинити вбивство, висловлена з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи при зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом охоплюється диспозиціями статей 152, 153 КК і не вимагає додаткової кваліфікації за статтею 129 КК.

Якщо погроза вбивством була висловлена після зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, наприклад, з метою, щоб потерпіла особа не повідомила про вчинене щодо неї, дії винної особи за умови, зазначеної у диспозиції частини першої статті 129

КК, підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною цієї статті та відповідною частиною статті 152 або статті 153 КК.

5. Стан потерпілої особи слід визнавати безпорадним, коли вона внаслідок малолітнього чи похилого віку, фізичних вад, розладу психічної діяльності, хворобливого або непритомного стану, або з інших причин не могла розуміти характеру та значення вчинюваних з нею дій або не могла чинити опір. При цьому необхідно, щоб винна особа, яка вчиняє зґвалтування чи насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, усвідомлювала (достовірно знала чи припускала), що потерпіла особа перебуває саме у такому стані.

Вирішуючи питання про те, чи є стан потерпілої особи безпорадним внаслідок алкогольного, наркотичного сп'яніння або дії на її організм отруйних, токсичних та інших сильнодіючих речовин, судам слід виходити з того, що безпорадним у цих випадках можна визнати лише такий стан, який позбавляв потерпілу особу можливості розуміти характер і значення вчинюваних з нею дій або чинити винній особі опір. При цьому не має значення, чи винна особа привела потерпілу особу у такий стан (наприклад, дала наркотик, снодійне, напоїла алкогольними напоями тощо), чи остання перебувала у безпорадному стані незалежно від дій винної особи. Якщо потерпілу особу доведено до безпорадного стану з метою зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом шляхом уведення проти її волі в її організм алкоголю, наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин, слід вважати ці злочини вчиненими із застосуванням фізичного насильства та з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Визначення характеру впливу на організм потерпілої особи лікарських препаратів, наркотичних засобів, отруйних, токсичних чи інших сильнодіючих речовин, вживання яких могло привести її до безпорадного стану, потребує спеціальних знань. Тому у таких та в інших подібних випадках слід призначати відповідну експертизу.

6. Повторним є зґвалтування чи насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, якщо кожному з них відповідно передувало вчинення цією ж особою такого ж злочину. Зґвалтування, вчинене особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153—155 КК, а так само насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинене особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтею 152 або статтею 154 цього Кодексу, є спеціальним видом повторності та окремою кваліфікуючою ознакою цих злочинів. Для визнання злочину повторним не мають значення стадії вчинених винною особою злочинів, вчинення їх одноособово чи у співучасті, наявність чи відсутність факту засудження винної особи за раніше вчинений злочин (злочини).

Ознака повторності відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності, або якщо судимість за раніше вчинений злочин було погашено чи знято у встановленому законом порядку,

або якщо на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин.

Відповідно до вимог статті 33 КК при вчиненні двох або більше зґвалтувань чи насильницьких задоволень статевої пристрасті неприродним способом, відповідальність за які передбачена різними частинами статті 152 або статті 153 цього Кодексу, дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю вчинених злочинів. Це правило застосовується і тоді, коли перший злочин було вчинено без обтяжуючих обставин, а другий кваліфікується за частиною другою статті 152 чи частиною другою статті 153 КК лише за ознакою його повторності. Таким же чином слід кваліфікувати і дії винної особи, якщо вчинені нею злочини мали різні стадії, а також коли один із злочинів вона вчинила одноособово чи як виконавець (співвиконавець), а при вчиненні іншого була організатором, підбурювачем або пособником.

Зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинене без обтяжуючих обставин, а потім повторне їх вчинення за наявності ознак частини третьої чи частини четвертої статті 152 або частини третьої статті 153 КК повинні кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених частиною першою статті 152 чи частиною першою статті 153 КК та відповідно частиною третьою чи частиною четвертою статті 152 або частиною третьою статті 153 цього Кодексу. У таких випадках кваліфікація дій винної особи за частиною другою цих статей за кваліфікуючою ознакою повтороності не потрібна. Проте ця ознака має бути зазначена у постанові про притягнення особи як обвинуваченого, обвинувальному висновку та у вироку.

7. Зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом не може вважатися вчиненим повторно, якщо винна особа, діючи з єдиним злочинним наміром, без перерви або без значної перерви у часі, вчинила два чи більше насильницьких природних статевих актів або два чи більше актів насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом з однією й тією ж потерпілою особою, тобто за наявності ознак продовжуваного злочину.

У разі вчинення насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, а потім зґвалтування чи навпаки щодо однієї й тієї ж потерпілої особи, ці злочини кваліфікуються самостійно, причому останній злочин кваліфікується з урахуванням спеціальної повторності.

8. Згідно з частиною другою статті 27 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) справи про злочини, передбачені частиною першою статті 152 КК, порушуються не інакше як за скаргою потерпілої особи. Тому при вчиненні двох зґвалтувань без кваліфікуючих ознак приводом до порушення справи за частиною другою статті 152 КК є подача скарги особою, потерпілою від першого злочину, або подача скарг обома потерпілими особами. Якщо особа, потерпіла від першого злочину, не порушувала питання про притягнення винної особи до кримінальної відповідальності і справу на підставі частини третьої статті 27 КПК не порушено прокурором, то наступне вчинення цією ж особою зґвалтування іншої особи не може розцінюватись як повторний

злочин. У такому випадку за наявності скарги про порушення справи лише потерпілої особи від другого зґвалтування дії винної особи мають кваліфікуватися за частиною першою статті 152 КК.

Вирішуючи питання про перекваліфікацію дій винної особи з частин другої, третьої або четвертої на частину першу статті 152 КК при відсутності у справі скарги потерпілої особи, суд повинен з'ясувати у неї або її законного представника, чи вимагають вони притягнення підсудного до кримінальної відповідальності за зґвалтування. Якщо таке питання виникне при оцінці обставин справи у нарадчій кімнаті, суд повинен поновити судове слідство. Скарга потерпілої особи або її законного представника подається письмово або усно, але усна їх скарга обов'язково заноситься до протоколу судового засідання. Якщо від цих осіб не надійде письмової чи усної скарги про притягнення підсудного до кримінальної відповідальності, у відповідних випадках суд закриває справу або постановляє виправдувальний вирок.

9. Злочин, передбачений статтею 152 чи статтею 153 КК, визнається вчиненим групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців (співвиконавців), тобто співучасників, ознаки яких зазначені у частині другій статті 27 КК. При цьому виконавці (співвиконавці) діють узгоджено, з єдиним умислом і кожен з них безпосередньо виконує діяння, що утворюють повністю чи частково об'єктивну сторону складу злочину. Для визнання зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом вчиненими групою осіб не вимагається попередньої змови між виконавцями (співвиконавцями) цих злочинів. Злочинна діяльність одного виконавця може приєднуватися до діяльності іншого (інших) і в ході вчинення злочину, але до його закінчення або припинення.

Дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт чи задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрожувала його застосуванням чи довела потерпілу особу до безпорадного стану шляхом уведення в її організм проти її волі наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин з метою зґвалтування її чи вчинення щодо неї насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом іншою особою, повинні розглядатися як співвиконавство у цьому злочині. Дії таких співвиконавців визнаються вчиненими групою осіб і кваліфікуються без посилання на статтю 27 КК.

Дії особи, яка, сприяючи виконавцю (виконавцям) злочину у вчиненні насильницького статевих зносин чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, застосовувала насильство до особи, яка намагалася перешкодити вчиненню злочину, надала приміщення для вчинення злочину тощо, необхідно кваліфікувати як пособництво в зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом за частиною п'ятою статті 27 КК і відповідною частиною статті 152 КК чи статті 153 КК.

Якщо винні особи діяли узгоджено та одночасно щодо кількох потерпілих осіб, хоча кожна з них мала на меті і зґвалтувала одну потерпілу особу, дії

кожної із таких осіб належить розглядати як зґвалтування, вчинене групою осіб. Такий підхід має застосовуватись і у разі вчинення узгоджених дій, направлених на насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом щодо декількох потерпілих осіб.

Згідно зі статтею 26 КК співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Тому у разі, коли із групи осіб, які вчинили зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, лише одна особа є суб'єктом злочину, а решта осіб внаслідок неосудності або у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, чи з інших підстав не можуть бути суб'єктами злочину, дії винної особи, яка за таких обставин притягується до кримінальної відповідальності, не можна розглядати як вчинення злочину групою осіб.

10. Неповнолітніми потерпілими від зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом слід вважати осіб віком від 14 до 18 років, малолітніми — осіб, яким на момент злочину не виповнилося 14 років.

Кримінальна відповідальність за вчинення зґвалтування неповнолітньої чи малолітньої особи або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом щодо такої особи настає лише за умови, якщо винна особа усвідомлювала (достовірно знала чи припускала), що вчиняє такі дії щодо неповнолітньої або малолітньої особи, а так само, коли вона повинна була і могла це усвідомлювати. При цьому суд повинен враховувати не тільки показання підсудного, а й потерпілої особи, ретельно перевіряти їх відповідність усім конкретним обставинам справи. При вирішенні цього питання враховується вся сукупність обставин справи, зокрема, зовнішні фізичні дані потерпілої особи, її поведінка, знайомство винної особи з нею, володіння винною особою відповідною інформацією. Неповнолітній або малолітній вік потерпілої особи не може бути підставою для кваліфікації вказаних дій за частиною третьою чи четвертою статті 152 КК або частиною другою чи третьою статті 153 КК, якщо буде доведено, що винна особа сумлінно помилялася щодо фактичного віку потерпілої особи.

11. Особливо тяжкими наслідками, передбаченими частиною четвертою статті 152 та частиною третьою статті 153 КК можуть бути визнані, зокрема, смерть або самогубство потерпілої особи, втрата нею будь-якого органу чи втрата органом його функцій, психічна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на одну третину, непоправне знівечення обличчя, переривання вагітності чи втрата репродуктивної функції, а так само зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, які сталися внаслідок зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Відповідальність за спричинення особливо тяжких наслідків настає як тоді, коли винна особа передбачала можливість їх настання, так і тоді, коли вона

хоча і не передбачала, але повинна була і могла передбачити настання таких наслідків.

У разі, коли при зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом чи замаху на ці злочини смерть потерпілої особи настала внаслідок її власних дій (наприклад, вона вистрибнула з транспортного засобу під час руху й отримала ушкодження, від яких настала смерть), дії винного охоплюються частиною четвертою статті 152 або частиною третьою статті 153 КК і додаткової кваліфікації за статтею 119 цього Кодексу не потребують.

Зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом чи замах на ці злочини, поєднані з умисним заподіянням потерпілій особі тілесного ушкодження, визнаного тяжким лише за ознакою небезпечності для життя на момент його заподіяння, не можуть вважатися такими, що спричинили особливо тяжкі наслідки. Такі дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152 або 153 і відповідними частинами статті 121 КК.

Не є особливо тяжкими наслідками при зґвалтуванні або насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом свідоме поставлення потерпілої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, якщо зараження не настало. Такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статті 152 або статті 153 КК та частиною першою статті 130 КК.

Не становить особливо тяжких наслідків зґвалтування вагітність потерпілої, а також втрата нею незайманості (дефлорація).

12. Заподіяння при вчиненні зґвалтування або насильницького задоволенні статевої пристрасті неприродним способом тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілої особи, необхідно вважати діянням, яке спричинило особливо тяжкі наслідки. Таке діяння кваліфікується за частиною четвертою статті 152 або частиною третьою статті 153 КК за цією кваліфікуючою ознакою і додаткової кваліфікації за частиною другою статті 121 КК не потребує.

У разі, коли зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом було поєднано з умисним вбивством потерпілої особи, яке мало місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після них, такі дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених пунктом 10 частини другої статті 115 та частиною четвертою статті 152 чи частиною третьою статті 153 КК, як такі, що спричинили особливо тяжкі наслідки.

Якщо умисне вбивство потерпілої особи було вчинено через деякий час після її зґвалтування чи насильницького задоволення щодо неї статевої пристрасті неприродним способом з метою приховати ці злочини, дії винної особи кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статті 152 або статті 153 та пунктом 9 частини другої статті 115 КК.

13. Зґвалтування вважається закінченим злочином з моменту початку статевих зносин, при цьому не має значення, чи закінчила винна особа статевий

акт у фізіологічному розумінні. Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом вважається закінченим злочином з початку здійснення дій сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Дії, спрямовані на вчинення зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але не доведені до кінця з причин, що не залежали від волі винної особи, слід розглядати як замах на зґвалтування чи замах на насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом і кваліфікувати із посиланням на відповідні частини статті 15 КК. При цьому суди повинні встановлювати, чи діяв підсудний з метою вчинення злочину, передбаченого статтею 152 або статтею 153 КК, і чи було застосовано фізичне насильство або висловлена погроза його застосування з метою подолання чи попередження опору потерпілої особи та з яких причин злочин не було доведено до кінця.

Засуджуючи особу за замах на зґвалтування чи на насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, суд повинен вказати у вироку конкретні причини, що не залежали від волі винної особи і перешкоджали їй довести злочин до кінця.

14. Судам слід розмежовувати готування до зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом або замах на ці злочини від добровільної відмови від доведення їх до кінця, що відповідно до статті 17 КК виключає відповідальність за готування до цих злочинів або замах на них. Для визнання відмови від доведення цих злочинів до кінця добровільною слід виходити з того, що особа, маючи реальну можливість довести їх до кінця, відмовилась від цього і з власної волі припинила злочинні дії. У таких випадках особа підлягає кримінальній відповідальності лише у тому разі, якщо фактично вчинені нею дії містять склад іншого злочину.

Разом з тим суди повинні мати на увазі, що не може визнаватися добровільною відмова від зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, що викликана неможливістю подальшого продовження злочинних дій з причин, незалежних від волі винної особи (наприклад, коли цьому перешкодили інші особи, або винна особа не змогла подолати опору потерпілої особи, закінчити злочин з фізіологічних причин тощо).

15. Судам слід враховувати, що склад злочину, передбаченого частиною першою статті 154 КК, може мати місце лише за умови доведеності, що на потерпілу особу чоловічої чи жіночої статі здійснювався вплив із використанням її матеріальної або службової залежності від винної особи з метою примусити її вступити в статевий зв'язок природним або неприродним способом всупереч її волі. При цьому за змістом частини першої статті 154 КК під статевим зв'язком природним або неприродним способом слід розуміти природний статевий акт, акт мужолозтва або лесбійства, на який відповідно до умислу винної особи, має погодитись потерпіла особа внаслідок її примушування.

Матеріальна залежність потерпілої особи має місце зокрема тоді, коли вона перебуває на повному або частковому утриманні винної особи, проживає на її житловій площі, а також тоді, коли винна особа своїми діями чи бездіяльністю спроможна викликати істотне погіршення матеріального становища потерпілої особи. Службова залежність має місце, коли жінка або чоловік обіймає посаду, згідно з якою вона підлегла особі, яка застосовує примушування, або підпадає під контрольні дії такої особи, або інтереси потерпілої особи залежать від службового становища винної особи.

Сама лише пропозиція особі, яка матеріально або службово залежна від особи, яка висловлює таку пропозицію, до вступу у статевий зв'язок за відсутності примушування не утворює складу злочину, передбаченого частиною першою статті 154 КК. Не можна вважати примушуванням обіцянку іншій особі поліпшити її матеріальне або службове становище, якщо жінка або чоловік дадуть згоду вступити у статевий зв'язок.

Дії, зазначені у частині першій статті 154 КК, поєднані з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або розголошення відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів, кваліфікуються за частиною другою статті 154 КК. Погроза має бути адресована потерпілій особі та сприйматися нею як реальна.

Погрозою знищення майна є погроза доведення майна, яке належить потерпілій особі або її близьким родичам, до повної непридатності щодо використання його за призначенням. Погроза пошкодження майна — це погроза приведення майна у часткову непридатність. Погроза вилучення майна означає погрозу протиправним шляхом із застосуванням насильства або без такого позбавити власника його майна.

Відомостями, що ганьблять потерпілу особу чи її близьких родичів, слід вважати такі відомості, які, як на думку зазначених осіб, так і об'єктивно здатні принизити честь та гідність особи. При цьому не має значення, відповідають ці відомості дійсності чи є вигаданими. Розголошення — це повідомлення таких відомостей будь-яким способом хоча б одній особі, котрій вони не були відомі, які потерпіла особа бажала зберегти у таємниці.

Суб'єктом злочинів, передбачених частиною першою та частиною другою статті 154 КК, є особа, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна.

16. Добровільні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, утворюють склад злочину, передбаченого статтею 155 КК, у разі, якщо винна особа усвідомлювала (достовірно знала або припускала), що потерпіла особа не досягла статевої зрілості, а так само, коли вона повинна була і могла це усвідомлювати. Добровільними статевими зносинами слід визнавати такі, що здійснюються без застосування фізичного насильства, погрози його застосування і використання безпорадного стану потерпілої особи. Якщо потерпіла особа внаслідок свого розумового відставання або малолітнього віку не могла розуміти характеру та значення здійснюваних з нею дій, статеві зносини з такою особою необхідно розцінювати як зґвалтування з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Судам слід мати на увазі, що статева зрілість — це такий фізіологічний стан організму людини, який характеризується здатністю до повного виконання статевих функцій. За змістом Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 року № 6, особи як жіночої, так і чоловічої статі віком до 14 років вважаються такими, що не досягли статевої зрілості. Встановлення статевої зрілості проводиться щодо осіб віком з 14 до 18 років. Питання про досягнення потерпілою особою статевої зрілості вирішується на підставі висновку судово-медичної експертизи, призначення якої у таких випадках є обов'язковим.

Батьком або матір'ю, зазначеними у частині другій статті 155 КК, слід вважати як рідних батьків, так і тих, які усиновили (удочерили) потерпілу особу згідно з положеннями глави 18 Сімейного кодексу України. Особами, що їх замінюють, є вітчим, мачуха, а також опікуни і піклувальники, призначені за правилами глави 19 зазначеного Кодексу.

Безплідністю, яка визначена як кваліфікуюча ознака частиною другою статті 155 КК, є втрата потерпілою особою репродуктивної здатності. Іншими тяжкими наслідками, що настали внаслідок статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, є, зокрема, зараження вірусом імунодефіцита людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, захворювання тяжкою хворобою, у тому числі і психічною, самогубство потерпілої особи. Безплідність та інші тяжкі наслідки повинні перебувати у причинному зв'язку із статевими зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості.

17. Розпусні дії, відповідальність за які передбачено статтею 156 КК, повинні мати сексуальний характер і можуть бути у виді фізичних дій або інтелектуального розбещення. Такі дії спрямовані на задоволення винною особою статевої пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту.

Під фізичними розпусними діями слід розуміти оголення статевих органів винної чи потерпілої особи, непристойні доторкання до статевих органів, які викликають статеві збудження, навчання статевим збоченням, імітація статевого акту, схиляння або примушування потерпілих до вчинення певних сексуальних дій між собою, вчинення статевих зносин, акту онанізму у присутності потерпілої особи тощо. Інтелектуальними розпусними діями є, зокрема, ознайомлення потерпілої особи із порнографічними зображеннями, відеофільмами, цинічні розмови з нею на сексуальні теми тощо.

Використання в ході вчинення розпусних дій творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статті 156 і статті 301 КК.

Розпусні дії щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, можуть відбуватися як за її згодою, так і з застосуванням до неї фізичної сили з метою примушення її до вчинення певних дій сексуального характеру. Якщо розпусним діям передували або вони супроводжувалися нанесенням побоїв чи мордуванням, тілесними ушкодженнями або погрозою вбивством, вчинене слід

кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтею 156 і статтями 125, 126, 121, 122 чи 129 КК.

Розпусні дії можуть бути вчинені особою чоловічої статі щодо особи жіночої статі і навпаки, а також між особами однієї статі, але у всіх випадках потерпілою є особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Попередня поведінка потерпілої особи (зокрема, її попереднє статеве життя) на кваліфікацію дій винної особи за статтею 156 КК не впливає.

18. Розпусні дії з потерпілою особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинені безпосередньо перед її зґвалтуванням, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом або статевими зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості, з урахуванням спрямованості умислу винної особи повністю охоплюються диспозиціями відповідних частин статті 152 або статті 153, або статті 155 КК і додаткової кваліфікації за статтею 156 КК не потребують.

19. Судам необхідно вимагати від органів досудового слідства правильного викладення обставин вчиненого злочину проти статевої свободи або статевої недоторканності особи у постанові про притягнення особи як обвинуваченого та в обвинувальному висновку, а також неухильно додержуватись вимог статті 334 КПК при формулюванні у вироку обвинувачення, визнаного судом доведеним. У цих документах, зокрема, має бути зазначено, за якою кваліфікуючою ознакою відповідно до диспозиції статей, що передбачають відповідальність за такі злочини, особу притягнуто до кримінальної відповідальності та засуджено судом.

20. У випадку недопустимої натуралізації опису в обвинувальному висновку обставин вчиненого злочину проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, що унеможливлює його публічне оголошення, судам необхідно повертати справу прокурору для складання нового обвинувального висновку. Вирок, в якому допущена така натуралізація, підлягає скасуванню як такий, що принижує гідність потерпілої особи.

21. Звернути увагу судів на те, що відповідно до вимог статті 22 КК за зґвалтування (стаття 152 цього Кодексу) та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (стаття 153 КК) підлягають кримінальній відповідальності особи віком від чотирнадцяти років. За вчинення інших злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, а саме, передбачених статтями 154—156 цього Кодексу, відповідальність можуть нести особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

22. При вирішенні питання про відшкодування моральної шкоди за позовами потерпілих осіб судам необхідно керуватися відповідними положеннями Цивільного кодексу України та роз’ясненнями, які містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 року № 4 “Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди” зі змінами, внесеними постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 2001 року № 5.

23. Призначаючи покарання особам, винним у вчиненні злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, суди мають неухильно

дотримуватись вимог ст. 65 КК щодо індивідуалізації покарання, а саме: враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання. Визначаючи ступінь тяжкості злочину, суди повинні враховувати стадію його вчинення, кількість епізодів, тяжкість наслідків, що настали тощо.

24. Відповідно до статей 20, 253 КПК розгляд кримінальних справ про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи допускається в закритому судовому засіданні за мотивованою постановою судді чи ухвалою суду.

Суди повинні мати на увазі, що необхідно чітко вирішувати питання щодо слухання справ про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи у закритому судовому засіданні, що має важливе значення для запобігання розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у цих справах. При цьому суд може прийняти рішення про закритий розгляд справи як у повному обсязі, так і частково (наприклад, при проведенні судового слідства). Із урахуванням вимог статті 20 і статті 307 КПК суд при розгляді справ цієї категорії повинен вживати необхідні заходи для того, щоб особи молодше шістнадцяти років, крім підсудних та потерпілих, не знаходились у залі судового засідання.

Головуючим у судових засіданнях потрібно стежити за змістом і формою запитань до підсудних, потерпілих і свідків, а також за виступами учасників розгляду справи в судових дебатах для того, щоб не принижувалася честь і гідність цих осіб. Вважати неприпустимим надсилання вироків у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи для обговорення в колективах за місцем проживання, роботи чи навчання засуджених або потерпілих осіб.

25. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. № 4 "Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини" зі змінами та доповненнями, внесеними постановами Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 1993 року № 3 та від 3 грудня 1997 року № 12.

Голова
Верховного Суду України В. В. Онопенко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України Ю. Л. Сенін

Судова практика
у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи[1]

(Витяг)

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи є посяганнями на особистість і пов'язані з грубими порушеннями норм суспільної моралі, тому кримінальним законодавством за їх вчинення передбачено доволі суворе покарання.

Статеві злочини характеризуються аморальністю та цинічністю дій винних осіб, принижують честь і гідність потерпілої особи та можуть завдати значної шкоди здоров'ю.

Надзвичайно небезпечні статеві злочини проти неповнолітніх, вони посягають на їх статеву недоторканність та нормальний статевий розвиток. Такі злочини часто призводять до глибоких душевних травм у потерпілих осіб, штовхають їх до аморального способу життя.

Згідно з чинним законодавством України кримінальна відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи передбачена розд. IV Особливої частини Кримінального кодексу України (далі — КК), зокрема за: зґвалтування (ст. 152); насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154); статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155); розбещення неповнолітніх (ст. 156).

Найбільш тяжким і найпоширенішим серед злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи є зґвалтування.

Пленум Верховного Суду України у постанові від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини» (зі змінами та доповненнями, внесеними у 1993 р. та 1997 р.; далі – постанова Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4) надав судам роз'яснення з питань застосування законодавства при розгляді справ цієї категорії.

Але із введенням у дію в 2001 р. нового КК у законодавство про відповідальність за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи були внесені зміни, у зв'язку з якими постанова Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4 потребує внесення відповідних доповнень. З метою надання судам роз'яснень з питань застосування нового законодавства про відповідальність за вчинення злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності особи Верховним Судом України проаналізовано судову практику щодо розгляду справ цієї категорії, розглянутих судами в 2005 р.

[1] Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України А. М. Скотарем, начальником управління вивчення та узагальнення судової практики Ф. М. Марчуком і головним консультантом цього управління В. В. Антощуком.

Якість проведення досудового слідства

Досудове слідство у справах цієї категорії в цілому провадилося з дотриманням вимог кримінально-процесуального закону щодо всебічного, повного та об'єктивного розслідування справ. Органи досудового слідства виконували необхідні слідчі дії, що є характерними при розслідуванні таких справ, зокрема здійснювали огляд місця події, направляли на медичне обстеження потерпілих та підозрюваних, призначали проведення судово-медичних і судово-імунологічних експертиз підозрюваних та потерпілих.

Водночас траплялися й випадки, коли досудове слідство було проведено неповно та односторонньо, що не давало підстав для постановлення вироку. Інколи така неповнота слідства поєднувалася з істотними порушеннями вимог кримінально-процесуального закону, які перешкоджали суду повно та всебічно розглянути справу і постановити законний та обґрунтований вирок. Зазначені обставини були підставами для направлення справ на проведення додаткового розслідування.

Наприклад, при розгляді П'ятихатським районним судом Дніпропетровської області справи за обвинуваченням Г. за ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 155 КК встановлено допущені органами досудового слідства істотні порушення кримінально-процесуального закону щодо забезпечення прав неповнолітньої потерпілої особи, оскільки розслідування справи проведено без участі її законного представника і в обвинувальному висновку не вказано статтю КК, за якою обвинувачений Г. притягувався до кримінальної відповідальності. Справу було повернено прокурору для усунення виявлених порушень закону.

У постанові про пред'явлення обвинувачення за вчинення зґвалтування (ст. 152 КК) та обвинувальному висновку слідчі не завжди вказували, в чому полягало фізичне насильство та погроза його застосування з боку обвинуваченого як спосіб подолання опору потерпілої особи, що становить об'єктивну сторону зазначеного злочину. На ці недоліки не звертали уваги і прокурори, які затверджували обвинувальні висновки.

Так, слідчий прокуратури Любешівського району Волинської області у справі за обвинуваченням Б. за ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153 КК, пред'являючи йому обвинувачення, зазначив, що останній, застосовуючи фізичне насильство та погрозу його застосування, вступив у статеві зносини зі своєю матір'ю. Але слідчий не вказав, у чому саме виражалися фізичне насильство та погроза його застосування.

У деяких справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи слідчі обмежувалися проведенням судово-медичних експертиз лише потерпілих. Щодо обвинувачених такі судово-медичні дослідження провадились не завжди, що істотно ускладнювало перевірку заяв потерпілих про їх зґвалтування обвинуваченими.

Так, у справі, розглянутій Євпаторійським міським судом АР Крим за обвинуваченням Б. за ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153 КК, видно, що підозрюваний був затриманий працівниками міліції безпосередньо після вчинення насильницьких статевих зносин із потерпілою Т. Однак судово-медичну експертизу для

обстеження підозрюваного не призначено. Зразки для проведення експертного дослідження було взято лише в потерпілої, що дало можливість Б. у судовому засіданні заперечувати свою причетність до вчинення щодо потерпілої Т. насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Апеляційний суд Волинської області повідомив, що майже за всіма справами, які надійшли для аналізу, слідчі порушували вимоги ч. 2 ст. 197 КПК, оскільки лише після проведення експертиз та пред'явлення цих матеріалів обвинувачених ознайомлювали із постановами про призначення експертиз і роз'яснювали їм передбачені законом права, у тому числі просити про постановку перед експертизою додаткових питань, давати пояснення експертам.

Інколи дії обвинуваченого у вчиненні статевих зносин із застосуванням фізичного насильства органи досудового слідства кваліфікували лише як заподіяння потерпілій тілесних ушкоджень.

Наприклад, Первомайський районний суд АР Крим 20 січня 2005 р. направив прокурору справу за обвинуваченням М. за ч. 1 ст. 122 КК для проведення додаткового розслідування у зв'язку з неправильністю досудового слідства, яка не могла бути усунена у судовому засіданні. У цій справі було винесено постанову про відмову в порушенні кримінальної справи за ст. 152 КК про зґвалтування із застосуванням фізичного насильства до неповнолітньої Б. Заподіяння їй умисних середньої тяжкості тілесних ушкоджень кваліфіковано за ч. 1 ст. 122 КК. Із матеріалів справи вбачається, що заподіяння тілесних ушкоджень було засобом подолання опору потерпілої при вчиненні з нею статевих зносин із застосуванням фізичного насильства. Повторно ця справа надійшла до суду за обвинуваченням М. у вчиненні зґвалтування.

У п. 3 постанови Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4 роз'яснено про недопустимість натуралізації в обвинувальних висновках та у вироках обставин вчинених статевих злочинів, що виключають їх публічне оголошення. У випадках недопустимої натуралізації опису злочинів в обвинувальних висновках судам слід повертати такі справи прокурору для складання цих документів відповідно до вимог ст. 230 КПК. Вирок, у якому допущено таку натуралізацію, підлягає скасуванню як постановлений з порушенням закону. Але майже з усіх апеляційних судів надійшла інформація про випадки неприпустимої натуралізації опису в обвинувальних висновках обставин вчинення насильницького статевого акту як з боку органів досудового слідства, так і судів при складенні вироків.

Так, Прилуцький міськрайонний суд Чернігівської області визнав винним М. за ч. 3 ст. 152 КК та призначив йому покарання у виді семи років позбавлення волі. М. із застосуванням фізичного насильства зґвалтував неповнолітню Ч. Але в обвинувальному висновку допущено неприпустиму натуралізацію опису обставин вчиненого насильницького статевого акту, яку суд відтворив у вироку. Зазначена обставина залишилася поза увагою й Апеляційного суду Чернігівської області при розгляді апеляцій на вирок. Верховний Суд України ухвалою від 28 лютого 2006 р. скасував цей вирок, оскільки він принижує авторитет цього документа, проголошеного іменем

держави Україна, та виключає його публічне оголошення. Справу було направлено прокурору на нове розслідування зі стадії складання нового обвинувального висновку.

Органи досудового слідства неоднаково кваліфікували дії винних осіб у разі вчинення ними зґвалтування, поєднаного з незаконним проникненням до житла потерпілої.

Наприклад, із матеріалів кримінальної справи за обвинуваченням Д. за ч. 3 ст. 152, ч. 1 ст. 162 КК вбачається, що обвинувачений незаконно проник до будинку, в якому проживала неповнолітня Л., де із застосуванням фізичного насильства зґвалтував її. Такі дії Д. органи досудового слідства правильно кваліфікували за ч. 1 ст. 162 КК як незаконне проникнення до житла та за ч. 3 ст. 152 КК як зґвалтування неповнолітньої. Прилуцький міськрайонний суд Чернігівської області вироком від 10 листопада 2005 р. засудив Д. за ч. 3 ст. 152, ч. 1 ст. 162 КК до семи років позбавлення волі.

В аналогічному випадку у кримінальній справі, розглянутій 1 березня 2005 р. Бердянським міськрайонним судом Запорізької області за обвинуваченням К. за ч. 1 ст. 153 КК, органи досудового слідства кваліфікували дії обвинуваченого лише за ч. 1 ст. 153 КК, хоча з матеріалів справи видно, що він шляхом вибиття вхідних дверей незаконно проник до помешкання потерпілої С., із застосуванням фізичного насильства вчинив щодо неї насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Такі дії К. органи досудового слідства кваліфікували лише як вчинення насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, хоча в його діях також наявний склад злочину, передбаченого ст. 162 КК (порушення недоторканності житла).

Практика розгляду судами справ про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи

З об'єктивної сторони зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом полягають у вчиненні винною особою вказаних дій сексуального характеру та застосуванні при цьому фізичного насильства, погрози його застосування або використанні безпорадного стану потерпілої особи. Фізичним насильством слід розуміти застосування до потерпілої особи фізичних дій, спрямованих на подолання її опору. Внаслідок зазначених дій потерпілій особі можуть бути завдані тілесні ушкодження. Згідно з роз'ясненнями, які містяться у п. 7 постанови Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4, заподіяння потерпілій особі легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у такому випадку не потребує додаткової кваліфікації, оскільки заподіяння шкоди здоров'ю у вказаних межах є складовим елементом об'єктивної сторони зґвалтування.

Однак при розгляді справ цієї категорії суди не завжди дотримуються зазначених роз'яснень.

Наприклад, Житомирський районний суд вироком від 30 травня 2005 р. засудив М. за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 122 КК до двох років позбавлення волі. Він із застосуванням фізичного насильства до потерпілої Б. намагався вступити з нею в статеві зносини, однак свій намір не довів до кінця з

незалежних від його волі фізіологічних причин. Внаслідок насильницьких дій М. заподіяв потерпілій тілесні ушкодження, які відповідно до висновку судово-медичної експертизи належать до категорії середньої тяжкості. У цьому випадку дії М. не потребували додаткової кваліфікації за ст. 122 КК, оскільки він, намагаючись вступити з потерпілою в статевий зв'язок, застосовував при цьому фізичну силу як спосіб подолання її опору, чим заподіяв останній тілесні ушкодження середньої тяжкості. Диспозицією ст. 152 КК повністю охоплюються такі дії. З цих підстав Апеляційний суд Житомирської області ухвалою від 9 серпня 2005 р. змінив вирок районного суду та закрив провадження у справі в частині засудження М. за ч. 1 ст. 122 КК.

У разі заподіяння потерпілій особі тілесних ушкоджень із застосуванням до неї фізичного насильства, яке не було спрямоване на подолання її опору, а вчинене з будь-яких інших мотивів, такі дії підлягають додатковій кваліфікації за сукупністю злочинів за ст. 152 КК або ст. 153 КК та відповідною статтею КК, якою передбачено відповідальність за злочин проти життя та здоров'я особи.

У ч. 1 ст. 152 КК України 2001 р. порівняно з ч. 1 ст. 117 КК 1960 р. визначення поняття «зґвалтування» має чіткіший характер у частині, що стосується застосування погрози як засобу подолання опору потерпілої і досягнення при цьому злочинної мети. Раніше мова йшла про погрозу взагалі, нині поняття «погроза» при вчиненні зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом звужене.

Погрозою, що застосовується як засіб подолання опору потерпілої особи, слід розуміти її залякування висловлюваннями, жестами чи іншими діями про застосування фізичного насильства до самої потерпілої особи чи до її родичів (наприклад, до дитини).

Інші види погроз, наприклад погроза знищенням або пошкодженням майна потерпілої особи або її родичів, розголошення компрометуючих відомостей або застосування фізичного насильства до потерпілої чи її родичів у майбутньому, не дають підстав для кваліфікації зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом із погрозою застосування фізичного насильства. За наявності підстав такі дії можуть бути кваліфіковані за іншими статтями Особливої частини КК.

Погрозу фізичним насильством як ознаку об'єктивної сторони зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом поставлено в один ряд із застосуванням фізичного насильства, отже, ця погроза є рівнозначною фізичному насильству.

Погроза має сприйматися потерпілою особою як дійсна та розцінюватися нею як реальна небезпека для її життя чи здоров'я або її родичів. Погроза може сприйматися потерпілою особою як реальна виходячи з обстановки, що склалася (оточення потерпілої групою осіб, глухе і безлюдне місце, нічний час, зухвале, грубе й настирливе домагання вступити в статевий зв'язок, особа винного тощо). Однак не завжди у вироках міститься мотивація на підтвердження реальності сприйняття потерпілою такої погрози.

Із проаналізованих справ вбачається, що погроза застосування фізичного насильства як засіб подолання опору потерпілої виражалася в погрозі вбити,

завдати тілесних ушкоджень, демонстрації зброї або інших предметів, якими можна заподіяти тілесні ушкодження, вчинення з потерпілою статевих актів кількома особами тощо.

Наприклад, Бахчисарайський районний суд АР Крим вироком від 11 липня 2005 р. засудив І. за ч. 3 ст. 152 КК та призначив йому покарання у виді 10 років позбавлення волі. Із матеріалів цієї справи видно, що І. шляхом обману привів неповнолітню В. до себе додому, де прочитав їй копію вироку, яким він був раніше засуджений за вчинення зґвалтування із застосуванням до потерпілої фізичної сили. Погрожуючи аналогічною фізичною розправою, І. зґвалтував В. Потерпіла сприймала погрозу застосування до неї фізичного насильства як реальну, оскільки з прочитаного вироку вбачається, що засуджений застосовував грубу фізичну силу до іншої потерпілої.

Якщо після вчинення зґвалтування мала місце реальна погроза вбивством потерпілої особи для того, наприклад, щоб вона нікому не повідомила про те, що трапилося, дії винного слід кваліфікувати за сукупністю статей 152 КК та 129 КК[1].

Апеляційний суд Львівської області визнав винним К. за ч. 3 ст. 152 та ч. 1 ст. 129 КК, який із застосуванням фізичного насильства зґвалтував неповнолітню С., після чого, тримаючи в руках ножа, погрожував потерпілій вбивством, якщо вона заявить про зґвалтування в органи міліції. Суд обґрунтовано дійшов висновку про те, що К., застосовуючи фізичне насильство, вчинив зґвалтування неповнолітньої та вчинив щодо неї погрозу вбивством, оскільки в неї були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози. Ухвалою Верховного Суду України від 30 березня 2004 р. цей вирок було залишено без зміни.

Слід також зазначити, що суди у вироках не завжди мотивують, в яких саме діях обвинувачених виражалася погроза застосування фізичного насильства як засіб подолання опору потерпілих осіб, та не наводять на підтвердження доказів реальності сприйняття потерпілими таких погроз.

Так, Старовижівський районний суд Волинської області вироком від 17 березня 2005 р. визнав С. винним за ч. 1 ст. 152 КК та призначив йому покарання у виді трьох років позбавлення волі. С., погрожуючи застосувати фізичне насильство до потерпілої В., проти її волі вступив з нею в статеві зносини. Суд у вироку не вказав, в яких саме діях С. виражалася погроза застосування фізичного насильства до потерпілої, та не навів доказів на підтвердження реальності сприйняття погрози потерпілою. Проте з матеріалів справи вбачається, що С. погрожував потерпілій кулаками та ножем. З урахуванням того, що зазначені дії відбувалися в лісі, були підстави вважати, що потерпіла реально сприймала погрози ґвалтівника застосувати до неї фізичне насильство.

Однією з кваліфікуючих ознак відповідно до диспозиції ст. 152 КК є вчинення зґвалтування винною особою з використанням безпорадного стану

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — К., 2003. — С. 438.

потерпілої особи. У судовій практиці зґвалтування визначається вчиненим з використанням безпорадного стану потерпілої особи у випадках, коли вона за своїм фізичним або психічним станом (малолітній вік, фізичні вади, розлад душевної діяльності, хворобливий або непритомний її стан тощо) не могла розуміти характеру і значення вчинюваних із нею дій або не могла чинити опір насильнику, який міг і повинен був усвідомлювати, що потерпіла особа перебуває саме в такому стані.

Розрізняють два види безпорадного стану: психічну безпорадність і фізичну безпорадність.

У разі психічної безпорадності потерпіла особа не може розуміти характеру і значення вчинюваних із нею дій. Про психічну безпорадність свідчать:

а) психічна хвороба, за наявності якої потерпіла особа не усвідомлює своїх дій, не може керувати ними. Психічну хворобу такої особи можна розглядати як безпорадний стан тільки у випадках, якщо ця хвороба має явний характер або коли винний знав про неї та свідомо використовував неспроможність потерпілої особи внаслідок психічної хвороби правильно усвідомлювати або оцінювати те, що відбувається;

б) непритомний стан (наприклад, непритомність, що виникла незалежно від дій винного);

в) малоліття потерпілої особи[1].

Для визнання зґвалтування вчиненим з використанням безпорадного стану потерпілої внаслідок алкогольного, наркотичного сп'яніння або дії на її організм отруйних, токсичних та інших сильнодіючих речовин не має значення, чи винний довів потерпілу до такого стану (наприклад, дав наркотик, снотворне тощо), чи вона перебувала у безпорадному стані незалежно від його дій.

Наприклад, вироком від 8 листопада 2005 р. Красноперекопського міськрайонного суду АР Крим засуджено О. за ч. 2 ст. 152 КК та призначено йому покарання у виді семи років і шести місяців позбавлення волі. О., будучи раніше судимим за зґвалтування (судимість не знята і не погашена), з використанням безпорадного стану потерпілої зґвалтував її. Безпорадний стан потерпілої виник у зв'язку з тим, що вона з приводу випускного вечора у школі вживала спиртні напої, перебувала в стані сильного алкогольного сп'яніння і не могла чинити опір ґвалтівнику.

Безпорадний стан може бути викликаний фізичними вадами потерпілої особи (наприклад, відсутність рук, ніг, сліпота тощо), її похилим віком або хворобою, що не є психічною, наприклад пов'язаною з високою температурою; виснаженістю організму, перенесеною операцією тощо. У цих випадках, хоча потерпіла особа й усвідомлює характер вчинюваних щодо неї дій, але не може чинити опір ґвалтівнику.

Пленум Верховного Суду України у п. 8 постанови від 27 березня 1992 р. № 4 роз'яснив судам, що для визначення того, чи була потерпіла в

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. — С. 438.

безпорадному стані внаслідок застосування лікарських препаратів, наркотичних засобів, отруйних, токсичних чи інших сильнодіючих речовин, з'ясування механізму впливу яких на організм людини потребує спеціальних знань, слід призначати відповідну експертизу.

При кваліфікації дій винних осіб за ст. 152 КК чи ст. 153 КК суди виходили з того, що зґвалтування вважається закінченим злочином з моменту початку насильницького статевого акту, при цьому не має значення чи закінчив ґвалтівник статевий акт у фізіологічному розумінні. Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом вважається закінченим злочином з початку здійснення, вказаних у законі дій сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті. Кваліфікуючи дії винної особи як замах на зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, суди мають виходити з того, що ця особа вчинила дії, безпосередньо спрямовані на вчинення цих злочинів, але злочини не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі (наприклад, коли потерпіла вирвалася від ґвалтівника, вчинила сильний опір, злочинні дії були припинені іншими особами тощо).

Суд повинен зазначити у вироку причини, у зв'язку з якими злочин не було доведено до кінця. Дії, спрямовані на здійснення насильницького статевого акту природним або неприродним способом, але не доведені до кінця з незалежних від волі винного причин, суди із посиланням на ст. 15 КК правильно кваліфікували як замах на зґвалтування чи замах на насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Так, Марганецький міський суд Дніпропетровської області визнав винним М. за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 152 КК та із застосуванням ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання з іспитовим строком на два роки. М. із застосуванням фізичного насильства намагався вступити у статеві зносини з потерпілою Р., однак не зміг це зробити з причини фізіологічної неспроможності. У цьому випадку суд дійшов обґрунтованого висновку, що М., подолавши опір потерпілої, виконав всі дії, спрямовані на вчинення зазначеного злочину, але не довів його до кінця з причин, що не залежали від його волі.

Відповідно до ст. 17 КК добровільна відмова від вчинення зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом виключає відповідальність за замах на вчинення цих злочинів. При визнанні відмови від зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом добровільною суди повинні виходити з того, що особа, маючи реальну можливість довести такі злочини до кінця, відмовилась від цього та з власної волі припинила злочинні дії. У таких випадках особа може нести відповідальність лише за фактично вчинені нею дії, якщо вони утворюють склад іншого злочину.

Наприклад, Коломийський районний суд Івано-Франківської області вироком від 4 жовтня 2005 р. визнав винним Т. за ч. 1 ст. 296 КК та призначив йому відповідне покарання. Із матеріалів справи видно, що Т. вчинив грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося винятковим цинізмом. У громадському місці, у присутності

інших осіб він із застосуванням фізичного насильства до потерпілої Д. намагався вступити з нею в статеві зносини, однак не довів свій намір до кінця, оскільки дізнавшись, що потерпіла є неповнолітньою, погодився на її пропозицію зустрітися наступного дня для добровільних стосунків. За таких обставин суд обґрунтовано дійшов висновку, що Т. добровільно відмовився від вчинення зґвалтування, маючи реальну можливість це зробити, та перекваліфікував його дії на ч. 1 ст. 296 КК як вчинення хуліганства.

У ч. 2 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК передбачена відповідальність за зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинені повторно (тобто хоча б двічі). Повторним буде зґвалтування чи насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, якщо кожному з них відповідно передувало здійснення такого ж злочину.

Зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом не може розглядатись як вчинення одного з цих злочинів повторно, якщо винна особа, діючи з єдиним умислом, без значної перерви у часі, вчинила два чи більше природних статевих актів або два чи більше актів насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом з однією й тією ж потерпілою особою, тобто за наявності ознак продовжуваного злочину. У цих випадках потерпіла особа продовжує перебувати під впливом психічної або фізичної дії насильника, її воля паралізована ще при перших статевих зносинах.

Водночас у судовій практиці трапляються випадки, коли суди зазначені дії кваліфікували за ознакою повторності.

Так, Крюківський районний суд м. Кременчука Полтавської області вироком від 18 січня 2005 р. засудив О. за ч. 2 ст. 153 КК за те, що він під вигаданим приводом завів у квартиру свою знайому Т. де із застосуванням фізичного насильства декілька разів вчинив із нею насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом. У вироку суд, зазначивши це, кваліфікував його дії за ознакою повторності (за ч. 2 ст. 153 КК). Апеляційний суд Полтавської області ухвалою від 20 квітня 2005 р. цей вирок районного суду змінив та перекваліфікував дії О. з ч. 2 ст. 153 КК на ч. 1 ст. 153 КК.

У ч. 2 ст. 152 і ч. 2 ст. 153 КК передбачено спеціальний вид повторності зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, якщо вказані злочини були вчинені особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, які перелічені у цих статтях. Так, за ч. 2 ст. 152 КК кваліфікується зґвалтування вчинене особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 153 (насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом), 154 (примушування до вступу в статевий зв'язок) і 155 (статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості) цього Кодексу. За ч. 2 ст. 153 КК кваліфікується задоволення статевої пристрасті неприродним способом вчинене особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених статтями 152 (зґвалтування) або 154 (примушування до вступу в статевий зв'язок) цього Кодексу.

Для визнання злочину повторним не має значення, чи була винна особа засуджена за раніше вчинений злочин, чи були обидва злочини закінченими і

чи є особа їх виконавцем або іншим співучасником. Ознака повторності виключається, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності або якщо судимість за раніше вчинений злочин була погашена чи знята у встановленому законом порядку або на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення до відповідальності за раніше вчинений злочин.

Якщо умислом особи охоплювалося вчинення нею (у будь-якій послідовності) зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом стосовно однієї і тієї ж потерпілої, вчинене належить оцінювати як сукупність злочинів, передбачених статтями 152 і 153 КК. При цьому для кваліфікації вчиненого не має значення чи була значна перерва в часі при вчиненні стосовно потерпілої зґвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом. У випадках, коли в діях особи містяться ознаки вчинення щодо потерпілої зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом при обтяжуючих обставинах, вчинене має кваліфікуватися за відповідними частинами статей 152 і 153 КК.

Разом з тим неоднаковою є судова практика у визначенні ознаки повторності при кваліфікації дій винної особи, яка без значної перерви в часі вчинила стосовно однієї й тієї ж потерпілої особи насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, а потім її зґвалтувала в зворотному порядку.

Так, Євпаторійський міський суд АР Крим вироком від 22 жовтня 2004 р. засудив Б. за ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153 КК за те, що він із застосуванням фізичного насильства до потерпілої Т. вчинив задоволення статевої пристрасті неприродним способом. За тих же обставин Б. вчинив з Т. проти її волі ще й насильницький статевий акт природним способом. Такі дії Б. суд кваліфікував як продовжуваний злочин без кваліфікуючої ознаки повторності зґвалтування.

Водночас деякі суди за таких обставин дотримувались іншої позиції щодо визначення повторності вчинення цього виду злочинів.

Наприклад, Дзержинський районний суд м. Харкова вироком від 7 травня 2004 р. визнав винним М. за ч. 2 ст. 152, ч. 1 ст. 153 КК та призначив йому покарання у виді п'яти років позбавлення волі. М. із застосуванням фізичного насильства задовольнив статеву пристрасть неприродним способом зі своєю колишньою дружиною І., а потім зґвалтував її. Такі дії М. суд кваліфікував за ч. 1 ст. 153 КК як задоволення статевої пристрасті неприродним способом із застосуванням фізичного насильства та за ч. 2 ст. 152 КК, як зґвалтування із застосуванням фізичного насильства, вчинене особою, яка раніше вчиняла злочин, передбачений ст. 153 КК. Ухвалою Верховного Суду України від 12 січня 2006 р. цей вирок було залишено без зміни.

На нашу думку, у разі вчинення стосовно однієї й тієї ж потерпілої особи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, а потім її зґвалтування чи навпаки, ці злочини кваліфікуються окремо, причому

останній злочин кваліфікується за ознакою повторності, оскільки нею вже було вчинено злочин, передбачений статями 152 чи 153 КК.

Кваліфікація зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчиненого групою осіб, може мати місце у разі, коли група осіб (два і більше) діяла узгоджено з метою вчинення насильницького акту з потерпілою особою. Узгодженість дій учасників групи щодо потерпілої особи означає, що свідомістю кожного учасника охоплюється об'єктивне сприяння один одному у вчиненні злочину. Для визнання зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом вчиненими групою осіб, не обов'язковою є попередня змова між учасниками цих злочинів.

Дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрозу його застосування чи довела потерпілу особу до безпорадного стану з метою зґвалтування її іншою особою, повинні розглядатися, як співвиконавство у цьому злочині. Кваліфікацію дій таких співвиконавців необхідно здійснювати без посилання на ст. 27 КК.

Так, вироком від 21 квітня 2005 р. Хортицького районного суду м. Запоріжжя визнано винною Д. за ч. 3 ст. 152 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначено їй покарання у виді трьох років позбавлення волі. Д. за попередньою змовою з особою, матеріали справи стосовно якої виділені в окреме провадження у зв'язку з розшуком, застосувала до неповнолітньої М. фізичне насильство з метою її зґвалтування особою чоловічої статі.

Дії учасників групового зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 152 КК або ч. 2 ст. 153 КК і в тому разі, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності.

Проте деякі суди помилково вважають, що кваліфікуюча ознака вчинення зґвалтування групою осіб відсутня у разі, коли інші учасники злочину не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність.

Вироком від 1 листопада 2005 р. Гуляйпільський районний суд Запорізької області засудив Ф. за ч. 3 ст. 152 КК та ст. 304 КК і на підставі ст. 70 КК призначив йому сім років позбавлення волі. Ф. засуджено за те, що він із застосуванням фізичного насильства, з використанням безпорадного стану потерпілої, групою осіб за участю П., 1992 р.н., котрий на момент вчинення злочину не досяг віку, з якого настає кримінальна відповідальність, зґвалтував потерпілу Б., а також втягнув неповнолітнього П. у злочинну діяльність.

Але ухвалою Апеляційного суду Запорізької області від 23 січня 2006 р. вирок щодо Ф. змінено: його дії перекваліфіковано з ч. 3 ст. 152 КК на ч. 1 ст. 152 КК і призначено покарання у виді трьох років позбавлення волі. Апеляційний суд обґрунтував перекваліфікацію дій Ф. тією обставиною, що співучасник зґвалтування П. на момент вчинення злочину не був суб'єктом

зґвалтування, а тому, на думку апеляційного суду, в діях Ф. відсутня кваліфікуюча ознака вчинення зґвалтування групою осіб.

Апеляційний суд помилково перекваліфікував дії Ф. із ч. 3 ст. 152 КК на ч. 1 цієї статті, тобто визнав їх як більш м'який злочин. Відповідно до п. 14 постанови Пленуму від 27 березня 1992 р. № 4 дії учасника групового зґвалтування підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 152 КК і в тому разі, коли інші учасники злочину через недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності.

Якщо винні особи діяли узгоджено щодо кількох потерпілих, хоча кожен з них мав на меті і зґвалтував одну потерпілу, дії кожного підлягають кваліфікації як зґвалтування, вчинене групою осіб.

При застосуванні закону про кримінальну відповідальність за зґвалтування неповнолітньої або малолітньої особи, судам слід мати на увазі, що кваліфікація цих злочинів за ч. 3 або ч. 4 ст. 152 КК можлива лише у випадках, коли винний знав або допускав, що вчиняє насильницький статевий акт з неповнолітньою або малолітньою особою, а так само, коли він міг і повинен був це передбачати. При цьому суд повинен ураховувати показання не тільки підсудного, а й потерпілої особи, ретельно перевіряти їх відповідність усім конкретним обставинам справи. При вирішенні цього питання має враховуватися вся сукупність обставин справи, зокрема зовнішні фізичні дані потерпілої особи, її поведінка, знайомство з нею винного, володіння останнім відповідною інформацією. Неповнолітній або малолітній вік потерпілої особи не може бути підставою для кваліфікації зґвалтування за ч. 3 чи ч. 4 цієї статті, якщо буде доведено, що винний помилявся щодо фактичного віку потерпілої.

Наприклад, Вільнянський районний суд Запорізької області визнав винним неповнолітнього Б. за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 152 КК і на підставі ст. 104 КК звільнив його від відбування покарання з випробуванням. Б. із застосуванням фізичного насильства намагався зґвалтувати неповнолітню Х., однак свій намір не довів до кінця, оскільки його дії було припинено сторонніми особами. Із матеріалів цієї справи вбачається, що ні під час досудового слідства, ні в суді не було доведено, що ґвалтівник на момент вчинення злочину був обізнаний про неповнолітній вік потерпілої. Враховуючи, що цей злочин Б. вчинив у нічний час, раніше не був знайомий з потерпілою, якій тоді було більше 17 років і яка відповідно до показань свідків була фізично розвинутою та виглядала старшою від свого віку, він міг вірогідно помилятися щодо її фактичного віку. Однак суд ці обставини залишив поза увагою. В апеляційному порядку справа не розглядалася.

З моменту прийняття у 2001 р. КК у тексті ч. 3 ст. 153 цього Кодексу містилася неточність, згідно з якою можна було розуміти, що відповідальність за цією частиною статті настає лише у разі вчинення насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом щодо малолітньої чи малолітнього за умови, якщо воно спричинило особливо тяжкі наслідки. Законом від 21 грудня 2004 р. № 2276-IV «Про внесення зміни до статті 153 Кримінального кодексу України» цю неточність було виправлено. У новій

редакції ч. 3 ст. 153 КК насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом має дві кваліфікуючі ознаки: вчинене щодо малолітньої або малолітнього, або якщо воно спричинило тяжкі наслідки. Але деякі суди й до цього часу використовують стару редакцію ч. 3 ст. 153 КК і допускають помилки при кваліфікації вказаних дій.

Наприклад, Генічеський районний суд Херсонської області вироком від 30 травня 2005 р. засудив Т. за ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначив йому покарання у виді п'яти років позбавлення волі. Із матеріалів цієї справи видно, що Т. із застосуванням фізичного насильства та з використанням безпорадного стану потерпілої намагався зґвалтувати малолітню М., 1999 р.н., яка через свій вік не могла усвідомлювати характер вчинюваних із нею дій та чинити йому опір. Цей злочин Т. не зміг довести до кінця з причини анатомічного розвитку малолітньої потерпілої, проте задовольнив з нею свою статеву пристрасть неприродним способом. Суд помилково кваліфікував дії засудженого Т. за ч. 2, а не ч. 3 ст. 153 КК, пославшись при цьому на те, що внаслідок вчинення вказаних дій малолітній потерпілій не було заподіяно особливо тяжких наслідків.

У разі зґвалтування малолітньої особи, яка не досягла статевої зрілості, такі дії утворюють склад злочину, передбаченого ч. 4 ст. 152 КК, і не потребують додаткової кваліфікації за ст. 155 КК.

Проте Красилівський районний суд Хмельницької області вироком від 7 червня 2005 р. визнав Ч. винним за ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 155 КК і призначив йому покарання у виді 10 років позбавлення волі. Судом було встановлено, що Ч. протягом тривалого часу із застосуванням фізичного насильства та погроз його застосування вступав у статеві зносини зі своєю малолітньою дочкою, якій на момент вчинення насильницьких дій виповнилося лише 11 років. Дії засудженого суд кваліфікував за сукупністю злочинів: зґвалтування малолітньої ооби за ч. 4 ст. 152 КК та статеві зносини, вчинені батьком з особою, яка не досягла статевої зрілості, за ч. 2 ст. 155 КК.

У цьому випадку додаткова кваліфікація за ч. 2 ст. 155 КК є зайвою, оскільки відповідальність за зґвалтування малолітньої особи повністю охоплюється диспозицією ч. 4 ст. 152 КК, а ст. 155 КК передбачено відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, при цьому такі статеві зносини з боку потерпілої мають добровільний характер.

Особливо тяжкими наслідками, про які йдеться у ч. 4 ст. 152 та ч. 3 ст. 153 КК, можуть бути визнані смерть або самогубство потерпілої особи, втрата будь-якого органу чи його функцій, душевна хвороба або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менше ніж на третину, непоправне знівечення обличчя, переривання вагітності чи втрата здатності до дітонародження, а так само зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби або сифілісом, що сталися внаслідок зґвалтування. Відповідальність за спричинення особливо тяжких наслідків настає як тоді, коли винний передбачав їх можливість, так і коли він міг і повинен був їх передбачити.

При цьому не можуть вважатися такими, що спричинили особливо тяжкі наслідки, зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом чи замах на ці злочини, поєднані із заподіянням потерпілій особі тілесного ушкодження, визнаного тяжким лише за ознакою небезпечності для життя на момент його заподіяння. Такі дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 152 або 153 і 121 КК.

Наприклад, Кагарлицький районний суд Київської області вироком від 15 березня 2005 р. визнав винним П. за ч. 1 ст. 121, ч. 2 ст. 152 КК та призначив йому покарання у виді дев'яти років позбавлення волі. Із матеріалів справи видно, що П. з метою зґвалтування потерпілої Ч. для подолання її опору здавлював їй шию руками, внаслідок чого вона знепритомніла. Подолавши таким чином опір потерпілої, П. зґвалтував її. Згідно з висновком судово-медичної експертизи потерпілій було заподіяно тяжкі тілесні ушкодження, небезпечні для життя в момент заподіяння. За таких обставин суд правильно дійшов висновку про наявність у діях П. ознак злочинів, передбачених статтями 121 та 152 КК.

Також не може бути визнано особливо тяжкими наслідками свідоме поставлення потерпілої особи в загрозу зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою або сифілісом, якщо захворювання не настало. Вказані дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів.

Так, Тернопільський міськрайонний суд вироком від 18 серпня 2005 р. засудив Т. за ч. 1 ст. 130 і ч. 1 ст. 152 КК та призначив йому покарання у виді чотирьох років позбавлення волі. Т., достовірно знаючи, що він є носієм вірусу імунодефіциту, із застосуванням фізичного насильства вступив у статеві зносини із потерпілою М. Ураховуючи, що в результаті вказаних дій захворювання потерпілої М. не настало, суд правильно кваліфікував дії Т. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 152 і ч. 1 ст. 130 КК як зґвалтування та свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини.

Пленум Верховного Суду України у п. 14 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» роз'яснив, що умисне вбивство, якщо воно було поєднане зі зґвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом, тобто мало місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після нього, тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК. При цьому злочинні дії кваліфікуються і за ч. 4 ст. 152 чи ч. 3 ст. 153 КК або ще й за відповідною частиною ст. 15 КК. Умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть із трупом також тягне відповідальність за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК. У випадках, коли особу було умисно вбито через певний час після її зґвалтування чи насильницького задоволення з нею статевої пристрасті неприродним способом з метою їх приховання, дії винного кваліфікуються за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 152 або ст. 153 та п. 9 ч. 2 ст. 115 КК.

Апеляційний суд Миколаївської області вироком від 30 липня 2005 р. визнав винним за ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153, пунктами 9, 10 ч. 2 ст. 115 КК С. і призначив йому покарання у виді 15 років позбавлення волі. С. із застосуванням фізичного насильства зґвалтував Н. та задовольнив з нею статеву пристрасть неприродним способом. Під час вчинення вказаних дій С. задушив потерпілу. Верховний Суд України ухвалою від 6 жовтня 2005 р. зазначений вирок апеляційного суду змінив: виключив із нього засудження С. за п. 9 ч. 2 ст. 115 КК (вбивство з метою приховати інші злочини), оскільки засуджений позбавив життя потерпілу під час вчинення щодо неї статевих злочинів. Дії засудженого С. у цій частині повністю охоплюються п. 10 ч. 2 ст. 115 КК.

Зґвалтуванням є вчинення статевого акту між особами різної статі природним способом усупереч бажанню або поза бажанням однієї з них, шляхом застосування до неї фізичного насильства, погрози застосування такого насильства або з використанням її безпорадного стану[1].

При відмежуванні зґвалтування від інших статевих злочинів треба мати на увазі, що насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом виключає природний статевий акт і вміщує у собі акти мужолозтва, лесбійства, а також інші прояви неприродного збудження і реалізації статевої пристрасті чоловіка або жінки неприродним способом, які супроводжувалися фізичним насильством, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Проте в деяких випадках, коли мало місце зґвалтування, поєднане із насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, суди такі дії помилково розглядали як продовжуваний злочин.

Так, Бериславський районний суд Херсонської області вироком від 3 жовтня 2005 р. засудив У. за ч. 1 ст. 153 КК до трьох років позбавлення волі. Із матеріалів цієї справи вбачається, що У. із застосуванням фізичного насильства та погрози його застосування вчинив природний статевий акт із потерпілою В., після чого задовольнив з останньою свою статеву пристрасть неприродним способом. За таких обставин суд кваліфікував дії У. лише як насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом за ч. 1 ст. 153 КК, хоча в його діях був також наявний склад злочину, передбачений ст. 152 КК (зґвалтування).

Статтею 155 КК передбачено відповідальність за добровільні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості. Потерпілою може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості.

Відповідно до підпунктів 2.1.2, 2.13.2 «Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи» (затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17 січня 1995 р. № 6; зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 26 липня 1995 р. за № 248/784; далі — Правила проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів), станом статевої

[1] Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С.С. Яценка. — К., 2002. — С. 313.

зрілості у жінок слід розуміти закінчення формування організму, коли статеве життя, запліднення, вагітність, пологи та годування дитини є нормальною функцією і не призводять до розладу здоров'я; статева зрілість в осіб чоловічої статі характеризується станом загального фізичного розвитку та формуванням статевих залоз, за якого статеве життя є фізіологічно нормальною функцією, не викликає розладу здоров'я і не завдає шкоди подальшому розвитку організму. Встановлення статевої зрілості проводиться щодо осіб як жіночої, так і чоловічої статі віком з 14 до 18 років. Досягнення статевої зрілості встановлюється судово-медичною експертизою відповідно до Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів.

Обов'язковість проведення такої експертизи зумовлена п. 4 ст. 76 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК). Кримінальна відповідальність за ст. 155 КК виключається у разі, коли судово-медичною експертизою буде встановлено, що потерпіла неповнолітня особа досягла статевої зрілості.

Добровільні статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, утворюють склад злочину в разі, коли суб'єкт знав або припускав, що потерпіла особа не досягла статевої зрілості, а так само тоді, коли міг і повинен був це передбачити. Така оцінка статевого статусу потерпіло особи має ґрунтуватися на об'єктивних обставинах: її зовнішній вигляд, знання про її вік, медичні показники тощо.

Так, Корольовський районний суд м. Житомира вироком від 19 травня 2005 р. визнав винним Ю. за ч. 1 ст. 155 КК та із застосуванням ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання з випробуванням. Ю., достовірно знаючи, що потерпілій С. ще не виповнилося 13 років, тобто вона є малолітньою особою й тому не досягла статевої зрілості, за погодженням з останньою декілька разів вступав із нею в статеві зносини природним способом.

Якщо потерпіла особа за своїм розвитком або через свій малолітній вік не розуміла характеру та наслідків вчинюваних з нею дій, злочин підлягає кваліфікації як зґвалтування з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Висновок про саме такий стан потерпілої особи має ґрунтуватися на даних судово-психологічної експертизи[1].

Засуджуючи осіб за вчинення статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155 КК), суди не в усіх випадках досліджували здатність потерпілих з урахуванням їх малолітнього віку усвідомлювати характер вчинюваних із ними дій. Відсутність у потерпілої особи можливості правильно розуміти ступінь і характер вчинюваних із нею сексуальних дій або керувати своїми вчинками свідчить про використання її безпорадного стану, що є предметом злочину, передбаченого ст. 152 або ст. 153 КК.

Так, Сокальський районний суд Львівської області вироком від 22 червня 2005 р. визнав винним К. за ч. 1 ст. 155 КК та із застосуванням ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання з випробуванням. К. за взаємною згодою

[1] Див.: Там само.

неодноразово вступав у статеві зносини із малолітньою С. Із матеріалів цієї справи видно, що судом не вирішувалося питання, чи здатна була потерпіла за своїм віком розуміти характер вчинюваних із нею за її згодою дій та їх наслідки, оскільки їй виповнилося лише 12 років.

Статтею 156 КК передбачено відповідальність за вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Суспільна небезпечність цього злочину полягає в тому, що він спричиняє шкоду нормальному моральному та фізичному становленню неповнолітніх, формує аморальні погляди у дитини[1].

Потерпілими від зазначеного злочину можуть бути особи як чоловічої, так і жіночої статі, яким не виповнилося 16 років. Для відповідальності за цей злочин не має значення, чи досягла потерпіла особа статевої зрілості.

Розпусні дії мають сексуальний характер і можуть набувати вигляду фізичних дій або інтелектуального розбещення. Такі дії спрямовані на задоволення винною особою статевої пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту.

До фізичних розпусних дій належать оголення статевих органів, винної чи потерпілої особи, непристойні доторкання до статевих органів, які викликають статеві збудження, навчання статевим збоченням, імітація статевого акту, схилення або примушування потерпілих до вчинення певних сексуальних дій між собою, вчинення статевих зносин у присутності дитини, акту анонізму тощо. Інтелектуальними розпусними діями можуть бути випадки ознайомлення дитини із порнографічними зображеннями, відеофільмами, цинічні розмови з потерпілою особою на сексуальні теми тощо. Використання в ході вчинення розпусних дій порнографічних предметів тягне кваліфікацію за сукупністю злочинів — за ст. 156 і ст. 301 КК. Розпусні дії можуть бути спрямовані на задоволення винним таким чином статевої пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту.

Згода потерпілих на вчинення щодо них розпусних дій на кримінально-правову оцінку дій винного не впливає. Розпусні дії щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, можуть відбуватись як за її згодою, так і з застосуванням до неї фізичної сили з метою примушення її до вчинення певних дій сексуального характеру.

Наприклад, Чугуївський міський суд Харківської області вироком від 26 жовтня 2005 р. визнав винним Г. за ч. 2 ст. 156 КК та призначив йому покарання у виді трьох років позбавлення волі. Г., перебуваючи у нетверезому стані, зайшов у квартиру, в якій перебувала одна малолітня А., і, знаючи про її малолітній вік, з метою вчинення розпусних дій із застосуванням фізичної сили завів потерпілу в одну з кімнат, повалив її на диван та, утримуючи силою, зняв з неї одяг і вчинив непристойні доторкання руками до статевих органів потерпілої. Згідно з висновком судово-медичної експертизи потерпілій при вчиненні з нею розпусних дій тілесних ушкоджень не було спричинено.

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. – С. 448.

Заподіяння потерпілій особі шкоди здоров'ю шляхом спричинення тілесних ушкоджень не охоплюється диспозицією закону про відповідальність за вчинення розпусних дій. Тому, якщо розпусним діям передували або вони супроводжувалися нанесенням побоїв чи мордуванням, тілесними ушкодженнями або погрозами вбивством, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 156 і статтями 126, 125, 121, 122 чи 129 КК[1].

Розпусні дії з потерпілою особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинені безпосередньо перед її зґвалтуванням, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом або в процесі замаху на зазначені злочини, повністю охоплюються відповідними частинами статей 152, 153 КК, оскільки в подібних випадках розбещення неповнолітніх із урахуванням спрямованості умислу винного розглядається лише як етап у вчиненні інших статевих злочинів. Однак суди допускали помилки при кваліфікації вказаних дій.

Наприклад, Тростянецький районний суд Сумської області вироком від 25 жовтня 2005 р. засудив Д. за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 153, ч. 2 ст. 156 КК та призначив йому покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді п'яти років позбавлення волі. Із матеріалів справи видно, що Д. заманив до підвального приміщення жилого будинку малолітню Б., 2000 р.н., де, скориставшись її безпорадним станом, оскільки вона через свій малолітній вік не могла усвідомлювати характеру вчинюваних із нею дій та чинити йому опір, намагався задовольнити з останньою статеву пристрасть неприродним способом. Однак Д. не довів злочин до кінця з причин, що не залежали від його волі, оскільки його дії були припинені мешканцями цього будинку. Суд правильно кваліфікував дії Д. як замах на задоволення статевої пристрасті неприродним способом з використанням безпорадного стану потерпілої, вчинений щодо малолітньої особи. Але кваліфікація за ч. 2 ст. 156 КК є зайвою.

Відповідно до статей 20, 253 КПК розгляд кримінальних справ про зґвалтування та інші статеві злочини допускається в закритому судовому засіданні за мотивованою постановою судді чи ухвалою суду з метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі. При цьому судом може бути прийнято рішення про закритий розгляд справи як у повному обсязі, так і частково (наприклад, при проведенні судового слідства). З урахуванням вимог статей 20 і 307 КПК суд під час розгляду справ цієї категорії повинен вживати необхідних заходів для того, щоб особи молодше 16 років, крім підсудних, не перебували у залі судового засідання. Головуючим у судових засіданнях потрібно стежити за змістом і формою запитань, що ставляться підсудним, потерпілим і свідкам, а також за виступами учасників розгляду справи в судових дебатах із тим, щоб не принижувалася честь і гідність цих осіб.

[1] Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. С.С. Яценка. – С. 321.

Але суди в багатьох випадках, прийнявши рішення про призначення справи до судового розгляду, не вирішували при цьому питання про розгляд справи цієї категорії у відкритому чи закритому судовому засіданні. Справи у таких випадках слухалися судами в режимі відкритого судового засідання. У деяких справах в протоколі зазначено, що справа слухається у відкритому судовому засіданні, а у вироку — в закритому, чи навпаки.

Наприклад, справу за обвинуваченням Ш. за ч. 3 ст. 152 КК Луцьким міськрайонним судом Волинської області було вирішено за клопотанням потерпілої слухати у закритому судовому засіданні, хоча у вироку вказано, що справа слухалась у відкритому судовому засіданні.

З метою запобігання розголошенню відомостей про інтимні сторони життя осіб, які беруть участь у справі, суди мають чітко вирішувати на стадії попереднього розгляду питання щодо слухання справ про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи у закритому судовому засіданні.

Крім того, деякі суди направляли копії вироків у справах про зґвалтування для обговорення за місцем проживання, роботи, навчання засуджених або потерпілих осіб.

Так, Дунаєвецький районний суд Хмельницької області вироком від 26 квітня 2005 р. визнав винним неповнолітнього Л. за ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 152 КК та звільнив його від відбування покарання з випробуванням. Л. із застосуванням фізичного насильства намагався вступити в статеві зносини із малолітньою Д., однак не зміг цього зробити з причин, які не залежали від його волі, а саме через анатомічний розвиток малолітньої потерпілої. Для обговорення поведінки Л. суд направив копію вироку до Сокільнянської загальноосвітньої школи, де навчалися Л. та малолітня потерпіла.

Відшкодування шкоди

При вирішенні питання про відшкодування моральної шкоди за позовами потерпілих осіб суди мають керуватися відповідними положеннями Цивільного кодексу України та роз'ясненнями, що містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (зі змінами, внесеними постановою Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 2001 р. № 5).

Питання про розмір відшкодування моральної шкоди у справах про статеві злочини суди вирішували, в основному, залежно від характеру та тривалості страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнала потерпіла особа, та з урахуванням інших обставин. Зокрема, суди враховували стан здоров'я потерпілої особи, необхідність лікування, вимушені зміни в її життєвих стосунках, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану тощо. Однак у деяких вироках суди не обґрунтовували визначення розміру моральної шкоди для відшкодування.

Наприклад, Олександрійський районний суд Кіровоградської області визнав винними Ю.О. за ч. 3 ст. 152 КК і Ю.П. — за ч. 3 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК, призначивши їм відповідне покарання. У справі потерпілою М. було

заявлено цивільний позов про стягнення на її користь 10 тис. грн моральної шкоди. Суд задовольнив цивільний позов лише частково — на суму 1 тис. грн, пославшись на великий розмір заявленого цивільного позову. Апеляційний суд Кіровоградської області вирок районного суду залишив без зміни.

Ухвалою від 7 лютого 2006 р. Верховний Суд України скасував цей вирок, оскільки висновки районного суду про часткове задоволення у сумі лише 1 тис. грн заявленого потерпілою позову, разом із твердженням про великий розмір її відшкодування, є необґрунтованими і не містять мотивів визначення заподіяними злочинами моральної шкоди з посиланням на сукупність негативних наслідків. Оскільки суд призначив покарання засудженим усупереч вимогам ст. 65 КК, а також невірно вирішив цивільний позов, судові рішення щодо Ю.О. та Ю.П. скасовано з направленням справи на новий судовий розгляд.

Відповідно до ст. 28 КПК цивільний позов може бути пред'явлений як під час досудового слідства і дізнання, так і під час судового розгляду справи, але до початку судового слідства. Однак не в усіх випадках суди враховували зазначені положення закону.

Так, Красноперекопський міськрайонний суд АР Крим визнав винним Д. за ч. 1 ст. 154 КК та призначив йому покарання у виді шести місяців арешту і постановив стягнути з нього моральну шкоду на користь потерпілих К., М.В., М.Л., Ш. — по 1 тис. грн кожній.

Але ухвалою Верховного Суду України від 30 червня 2005 р. вказаний вирок у частині вирішення цивільного позову було скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд у порядку цивільного судочинства, оскільки суд порушив вимоги ст. 28 КПК. Як вбачається з матеріалів справи, потерпілі заявили цивільний позов після дослідження доказів судом першої інстанції, що унеможливило доказування підстав і розміру цивільного позову.

Призначення покарання

Відповідно до вимог ст. 65 КК при призначенні покарання за вчинення статевих злочинів суд повинен урахувати ступінь тяжкості цього злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання. Особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне і достатнє для її виправлення, а також для запобігання вчиненню нею нових злочинів.

Згідно зі статистичними даними у 2005 р. за вчинення зґвалтування (ст. 152 КК) суди призначили покарання у виді позбавлення волі 524 особам, або 79,9 % від засуджених за цей вид злочину. Більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, із застосуванням ст. 69 КК за вчинення зґвалтування було призначено 141 особі, або 21,5 %. Від відбування покарання з випробуванням за ст. 75 КК звільнено 107 осіб, або 16,3 % від числа засуджених за цей вид злочину.

Призначаючи більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, та звільняючи засуджених від відбування покарання з випробуванням, суди враховували їх неповнолітній вік, щире каяття, сприяння розкриттю злочину, неправильну поведінку потерпілих осіб, відсутність тяжких наслідків та добровільне відшкодування завданої шкоди. При призначенні винним особам виду та розміру покарання суди враховували також думку потерпілих.

Із вивчених справ цієї категорії вбачається, що в разі зґвалтування декількох потерпілих, рецидиву зґвалтування, вбивства потерпілої особи суди призначали винним особам покарання, наближене до максимальної межі.

Згідно з вимогами ст. 69 КК суд може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, лише за наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного.

Однак мали місце випадки, коли суди призначали більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, за вчинення статевих злочинів за наявності лише однієї пом'якшуючої обставини.

Так, Прилуцький районний суд Чернігівської області вироком від 23 березня 2005 р. визнав винним П. за ч. 1 ст. 15, ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначив йому покарання у виді чотирьох років позбавлення волі. П. намагався зґвалтувати свою прийомну чотирирічну дочку, однак довести свій намір до кінця не зміг із незалежних від його волі причин, після чого він задовольнив з останньою свою статеву пристрасть неприродним способом. При призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, суд у вироку послався на пом'якшуючу обставину — вчинення злочину внаслідок збігу тяжких сімейних обставин — та врахував позитивну характеристику підсудного. Але суд при визначенні П. виду покарання не звернув уваги на те, що підсудний не визнав себе винним у вчиненому злочині й намагався ввести суд в оману. Апеляційний суд Чернігівської області цей вирок у частині призначення покарання скасував та вироком від 1 червня 2005 р. призначив покарання П. у виді восьми років позбавлення волі.

Відповідно до п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» у кожному випадку застосування ст. 69 КК суд зобов'язаний у мотивувальній частині вироку зазначити, які саме обставини справи або дані про особу підсудного він визнає такими, що істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину і впливають на пом'якшення покарання.

Черкаський районний суд вироком від 4 березня 2005 р. визнав винним С. у зґвалтуванні за ч. 1 ст. 152 КК. У мотивувальній частині вироку суд зазначив, що підстав для застосування статей 69, 75 КК немає, проте з невідомих причин призначив С. покарання у виді одного року позбавлення волі, хоча санкцією ч. 1 ст. 152 КК передбачено покарання у виді позбавлення волі строком від трьох до п'яти років.

Серед обставин, які пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого зґвалтування, суди у деяких справах враховували поведінку потерпілої особи, що сприяла вчиненню злочину. Але не завжди у вироках було зазначено, які ж саме дії потерпілої у конкретній ситуації були неправильними.

Наприклад, Антрацитівський міськрайонний суд Луганської області вироком від 4 листопада 2005 р. визнав винним М. за ч. 4 ст. 152, ч. 1 ст. 185 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначив йому покарання у виді п'яти років позбавлення волі. Із матеріалів справи видно, що М. із застосуванням фізичного

насильства зґвалтував К. і викрав її мобільний телефон та інші речі на загальну суму 1 тис. 953 грн. Згідно з висновком судово-медичної експертизи потерпілій було заподіяно тілесні ушкодження середньої тяжкості, а також непоправно знівечене обличчя, що становить особливо тяжкі наслідки. Призначаючи М. більш м'яке покарання, ніж передбачено ч. 4 ст. 152 КК із застосуванням ст. 69 КК, суд урахував його щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину та добровільне відшкодування завданого збитку. Крім того, суд також визнав обставиною, яка пом'якшує покарання засудженому, поведінку потерпілої, що сприяла вчиненню щодо неї злочину. Однак у вироку не вказано, яку саме поведінку потерпілої суд вважає неправильною.

Інший приклад. *Житомирський районний суд вироком від 24 жовтня 2005 р. засудив Д. за ч. 4 ст. 152, ч. 3 ст. 153 КК із застосуванням ст. 69 КК до семи років позбавлення волі. Призначаючи засудженому більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, суд урахував при цьому негативну характеристику потерпілої, а саме її неналежне ставлення до занять у школі, що ніяк не могло пом'якшити покарання засудженому та істотно знизити ступінь тяжкості вчинених проти неї статевих злочинів.*

Інколи суди неповною мірою враховували ступінь тяжкості вчинених злочинів зазначеної категорії справ і необґрунтовано звільняли винних осіб від відбування покарання з випробуванням.

Так, Деснянський районний суд м. Києва визнав винними П. і Ч. за ч. 3 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначив їм покарання у виді п'яти років позбавлення волі і на підставі ст. 75 КК звільнив їх від відбування покарання. Засуджені особи визнані винними в тому, що, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, із застосуванням фізичного насильства завели в будинок неповнолітню А., де групою осіб протягом декількох годин її ґвалтували та задовольняли з нею статеву пристрасть неприродним способом. Крім того, вони не віддали потерпілій одяг, і вона вимушена була вночі роздягненою повертатися додому.

Призначаючи П. і Ч. більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, та звільняючи їх від відбування покарання з випробуванням, суд врахував їхні позитивні характеристики. Однак Апеляційний суд м. Києва 16 листопада 2005 р. зазначений вирок скасував і постановив новий, яким призначив П. та Ч. за вчинення вказаних злочинів покарання у виді семи років позбавлення волі. При цьому апеляційний суд зазначив, що суд першої інстанції у вироку не вказав жодної із пом'якшуючих покарання обставин, які б свідчили про істотне зниження ступеня тяжкості вчинених винними злочинів. Ухвалою Верховного Суду України від 21 липня 2006 р. вирок апеляційного суду щодо засуджених П. та Ч. залишено без зміни.

Статеві злочини становлять підвищену суспільну небезпеку. Сподіваємося, що правильному розгляду судами справ цієї категорії має сприяти проведене узагальнення.

4. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВИБОРЧИХ, ТРУДОВИХ ТА ІНШИХ ОСОБИСТИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Судова практика розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення

У Верховному Суді України проаналізовано судову практику розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення.

(Витяг)

[…]

Захист виборчих прав і свобод громадян крізь призму судової практики

Проведене вивчення судової практики засвідчило, що суди в основному забезпечують правильне й однакове застосування виборчого законодавства у розгляді справ такої категорії.

Проте, у вирішенні справ цієї категорії не завжди враховувалися вимоги спеціальних законів, якими регулюються правовідносини у сфері реалізації виборчого права, організації та проведення виборів, зокрема законів України: «Про вибори народних депутатів України» від 17 листопада 2011 р. № 4061-VI; «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. № 2939-VI; «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 10 липня 2010 р. № 2487-VI; «Про Державний реєстр виборців» від 22 лютого 2007 р. № 698-V; «Про Центральну виборчу комісію» від 30 червня 2004 р. № 1932-IV; «Про вибори Президента України» від 5 березня 1999 р. № 474-XIV; «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР; «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» 23 вересня 1997 р. № 539/97-ВР; «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР; «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 р. № 1286-XII, що призводить до помилок під час кваліфікації незаконних дій, розмежуванні кримінальної та адміністративної відповідальності.

Виникають труднощі, зокрема, у відмежуванні перешкоджання здійсненню виборчого права від порушення порядку ведення передвиборчої агітації; фальсифікації виборчих документів від порушення порядку виготовлення виборчих бюлетенів, ненадання копій виборчого протоколу, невиконання рішення виборчої комісії, порушення порядку опублікування документів, пов’язаних з підготовкою і проведенням виборів тощо.

Аналізом встановлено, що виникали проблеми застосування норми матеріального права у встановленні наявності складу злочину, передбаченого частинами 1-3 статті 157 КК України, щодо перешкоджання вільному

здійсненню громадянами свого виборчого права, перешкоджання діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, зокрема у встановленні способу створення перепон виборцям, що заважало їм здійснювати чи унеможливлювало здійснення такого права. Це деяким чином обумовлено неконкретністю самої норми закону, де немає визначення таких понять, як підкуп, обман, примушування, насильство і под.

Серед осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності, були особи, наділені владними повноваженнями, які працювали, зокрема, у регіональних відділеннях органів внутрішніх справ, податковій адміністрації, або такі, що безпосередньо були задіяні в організації та проведенні виборчого процесу; особи, зареєстровані виборчою комісією кандидатами в депутати.

Обираючи винним покарання, суди не завжди призначали обов'язкове додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Зазначені недоліки неправильного застосовування положень статей Кримінального кодексу України та спеціальних законів за наявності скарг виправлялися під час перегляду справ вищими судами.

Практика розгляду судами кримінальних справ про невиплату заробітної плати, стипендій, пенсій чи інших установлених законом виплат[1]

Право кожного громадянина на своєчасне одержання винагороди за працю та соціальних виплат закріплено у статтях 43, 46 Конституції України. Реалізація зазначених конституційних прав грома-дян врегульована Законом від 24 березня 1995 р. № 108/95-ВР «Про оплату праці», Кодексом законів про працю України (далі — КЗпП), іншими законодавчими та нормативними актами. Зокрема, ст. 1 названого Закону визначено, що заробітна плата — це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу; ч. 3 ст. 15 (у редакції Закону від 21 жовтня 2004 р. № 2103-IV) передбачено, що опла-та праці працівників підприємства здійснюється в першочерговому порядку. Всі інші платежі підприємство здійснює після виконання зобов'язань щодо оплати праці (у попередній редакції оплата праці провадилася в першочерговому порядку після сплати обов'язкових платежів); у ч. 5 ст. 24 (у тій же редакції) зазначено, що своєчасність та обсяги виплати заробітної плати працівникам не можуть бути по-ставлені в залежність від здійснення інших платежів та їх черговості. У ст. 115 КЗпП передбачено, що заробітна плата виплачується працівникам регулярно в робочі дні у строки, встановлені колективним договором, але не рідше двох разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує 16 календарних днів. Відповідно до ст. 116

[1] Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України О.Ф. Селівоном та головним консультантом управління узагальнення судової практики О.С. Іщенко.

цього Кодексу при звільненні працівника виплата всіх належних йому сум провадиться в день звільнення.

Кримінальну відповідальність за невиплату заробітної плати встановлено ст. 175 Кримінального кодексу України (далі — КК), згідно з якою за умисну безпідставну невиплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої соціальної виплати громадянам більше ніж за один місяць керівник підприємства, установи або організації незалежно від форми власності може бути притягнутий до такої відповідальності.

Статистичні дані

За даними державної статистики, у 2005 р. суди України засудили за ст. 175 КК 284 особи, що на 6,3 % менше, ніж у 2004 р. (303 особи). Найбільше за цією статтею засуджено осіб в областях: Львівській — 45, Донецькій — 26, Дніпропетровській — 23, Тернопільській — 19, Харківській — 16, Запорізькій — 15.

Згідно з оперативними статистичними даними апеляційних судів, у 2005 р. за цей вид злочинів суди призначали такі види покарання, як штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, виправні роботи, обмеження волі, позбавлення волі (із застосуванням ст. 75 КК). Зокрема, позбавлення волі на певний строк було призначено 16,8 % від кількості осіб, засуджених за цей вид злочину, обмеження волі — 5,6 %, виправні роботи — 11,9 %, позбавлення права обіймати певні посади — 12,5 %, оштрафовано — 53,1 % осіб. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання застосоване до 12,2 % засуджених. Від кримінальної відповідальності було звільнено 645 осіб. Усі справи, за винятком однієї, стосувалися невиплати заробітної плати. Виняток становить справа про невиплату Г. допомоги по догляду за дитиною в сумі 1 тис. 44 грн головою ТОВ з Вінницької області П. (ч. 1 ст. 175 КК). Тому в цьому узагальненні увага акцентується на справах про безпідставну невиплату заробітної плати.

Якість досудового слідства

Відповідно до ст. 112 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) у справах про злочини, відповідальність за які передбачена ст. 175 КК, досудове слідство провадиться слідчими прокуратури. Загалом якість досудового слідства у справах названої категорії низька. Типовими недоліками є неправильність та неповнота такого слідства. Так, у практиці органів досудового слідства Сумської, Вінницької, Волинської, Дніпропетровської областей та м. Севастополя поширені випадки порушення справ «за фактом невиплати заробітної плати», а не щодо конкретної особи, що є порушенням вимог ч. 2 ст. 98 КПК, зважаючи на те, що суб'єкт зазначеного злочину спеціальний, тобто ним може бути лише керівник підприємства, установи, організації.

Порушувалися справи вказаної категорії за матеріалами перевірок, здійснених територіальними державними інспекціями праці, контрольно-ревізійними управліннями, а також органами прокуратури, щодо дотримання законодавства про працю. При цьому нерідко прокурори та слідчі виявляли

поспішність, порушуючи кримінальні справи лише за наявності самого факту заборгованості із виплати заробітної плати, не з'ясовували, зокрема, чи мали підприємство, установа, організація кошти для її виплати. З'ясування цієї обставини має важливе значення для встановлення в діях службової особи складу злочину, оскільки суб'єктивна його сторона характеризується прямим умислом.

У більшості проаналізованих справ об'єктивна та суб'єктивна сторони цього складу злочину в обвинуваченні не відображалися зовсім або відображались не повною мірою, під час досудового слідства належним чином не досліджувались, інколи у зв'язку з їх відсутністю.

На порушення вимог ст. 132 КПК неконкретні обвинувачення пред'являлись особам у справах названої категорії, розслідуваних органами досудового слідства всіх областей і м. Києва.

Наприклад, у справі щодо К. слідчий прокуратури Оболонського району м. Києва в обвинуваченні за ч. 2 ст. 175 КК детально виклав обставини використання коштів підприємства, водночас стосовно невиплати заробітної плати працівникам обмежився загальними формулюваннями. Яким працівникам, у яких сумах та за який період не була виплачена заробітна плата, не зазначено.

Найхарактернішими обставинами, за яких мала місце невиплата працівникам заробітку, були:

— скрутне фінансове становище сільськогосподарських підприємств і підприємств оптової та роздрібної торгівлі;

— наявність значної заборгованості із заробітної плати, яка виникла з вини попереднього керівника;

— необхідність сплатити податки, збори та інші обов'язкові платежі, погасити банківські кредити;

— спрямування коштів на поточні невідкладні потреби підприємств для забезпечення виробничої та господарської діяльності або попередження банкрутства (закупівля пально-мастильних мате-ріалів, запасних частин, комплектуючих деталей для техніки, а також сировини, посівного матеріалу, добрив тощо).

Слідчі у справах зазначеної категорії не завжди встановлюють причини (об'єктивні й суб'єктивні) невиплати протягом певного часу працівникам заробітної плати, допускають неточності і помил-ки у визначенні розміру заборгованості, строків її утворення. Привертає увагу, що в переважній більшості справ органи досудового слідства не дослі-джують питання щодо безпідставності та умисності невиплати заробітної плати і не наводять доказів на підтвердження цих обставин. Тому є слушними зауваження та побажання апеляційних судів про необхідність проведення в кожній такій справі судово-бухгалтерської експертизи, за допомогою якої, вивчивши й проаналізувавши відповідні документи, можна дти відповідь на поставлені питання однозначно, що полегшило б органам досудового слідства і судам прийняття правильного рішення. Необхідно також розробити і впровадити у практику органів досудового слід-ства методику розслідування кримінальних справ вказаної

категорії, де передбачити коло питань, які потрібно з'ясовувати при розслідуванні, та джерела доказів, за допомогою яких мають встановлюватись обставини справи.

Об'єктом злочину, склад якого передбачений ст. 175 КК, є трудові права громадян (у разі невиплати заробітної плати) та інші їхні права (невиплата пенсії, стипендії тощо). Отже, за змістом цього закону та відповідно до вимог ст. 49 КПК потерпілими у справах вказаної категорії мають визнаватись конкретні особи, яким таким злочином заподіяно шкоду. Проте типовим явищем при розслідуванні цих кримінальних справ є те, що працівників підприємств, установ, організацій, яким не виплачували заробітну плату, не визнають потерпілими. В одних випадках таких осіб допитували як свідків, в інших — їхні інтереси представляли представники профспілкових органів.

Така ситуація склалась унаслідок того, що керівників підприємств притягують до кримінальної відповідальності за невиплату заробітної плати всьому трудовому колективу або значній його частині, а визнання потерпілими великої кількості осіб ускладнює розслідування справи, і цього свідомо намагаються уникнути слідчі, не визнаючи потерпілими осіб, яким не виплачено заробітну плату, хоча в таких випадках порушуються їхні права.

Під час досудового слідства та розгляду справи в суді є допустимою участь представників потерпілих, повноваження яких підтверджено відповідними документами, наприклад рішенням зборів трудового колективу, членам якого не виплачено заробітну плату, про надання певній особі (особам) права представляти їхні інтереси як потерпілих у конкретній кримінальній справі.

Судовий розгляд справ

Суди під час розгляду справ названої категорії також допускали помилки і недоліки. У більшості справ простежується тенденція до автоматичного перенесення формулювання обвинувачення, пред'явленого особі органами досудового слідства, в мотивувальну частину вироку або постанови про закриття справи, причому з тими ж помилками і неточностями, які допустили органи досудового слідства. Простежуються також формальність проведення судами попереднього розгляду справ, пасивність у дослідженні доказів тощо. Так, у жодній із вивчених справ суд не визнав працівників підприємств потерпілими, якщо вони не були визнані такими в ході досудового слідства. Не було випадків повернення справ зі стадії попереднього розгляду прокурору на додаткове розслідування, тоді як апеляційні суди при підготовці узагальнення судової практики місцевих судів вивчили справи цієї категорії і відзначили безліч помилок, фактів неправильної кваліфікації та інших порушень, допущених органами досудового слідства.

Узагальнення засвідчило, що у більшості вироків не зазначена мотивація умислу винного на вчинення злочину, склад якого передбачений ст. 175 КК, а докази просто перелічені без їх аналізу й оцінки. При цьому нерідко підсудні посилалися на об'єктивну неможливість своєчасної виплати заробітної плати, але ні слідчий, ні суд не перевіряли їхніх показань і правової оцінки їм не давали.

Так, Любешівський районний суд Волинської області вироком від 12 березня 2004 р. засудив голову правління ВАТ Я. за ч. 2 ст. 175 та ч. 1 ст. 364 КК на три роки шість місяців обмеження волі із застосуванням ст. 75 цього Кодексу. Формулювання мотивувальної частини вироку неконкретне і повністю ідентичне обвинуваченню. У справі відсутні докази того, що засуджений мав можливість повністю сплатити заборгованість із заробітної плати. Суд, скориставшись тим, що Я. свою вину визнав, проведення судового слідства обмежив допитом обвинуваченого і постановив обвинувальний вирок, незважаючи на неповноту досудового слідства.

Узагальнення показало, що велику кількість справ цієї категорії суди розглянули у спрощеному порядку відповідно до ч. 3 ст. 299 КПК, тобто без дослідження всіх доказів, які є у справі. Загалом застосування зазначеної норми закону при розгляді справ названої категорії досить поширене в судах усіх областей, а також м. Києва. При цьому суди часто, розглянувши справи в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 299 КПК, на порушення вимог ст. 334 цього Кодексу в мотивувальній частині вироків посилались на докази, які в ході судового слідства не досліджувалися (справи Свалявського районного суду Закарпатської області щодо Б. та щодо М., справа Воловецького районного суду цієї ж області щодо Г.).

Деякі суди, зіткнувшись із неповнотою досудового слідства, відсутністю у справах повного пакета необхідних документів, на підставі ст. 3151 КПК направляли прокурорам доручення про проведення необхідних слідчих дій, зокрема документальної ревізії діяльності підприємств тощо. Але при цьому слід мати на увазі, що за змістом цієї статті судові доручення направляються з метою перевірки та уточнення фактичних даних, одержаних у ході судового слідства, а не для з'ясування якихось нових даних.

Питання кваліфікації дій засуджених

Аналіз надісланих для узагальнення справ висвітлив проблему правильності кваліфікації дій засуджених. Згідно з диспозицією ст. 175 КК кримінальна відповідальність настає в разі безпідставності невиплати заробітної плати, що є обов'язковим елементом цього складу злочину. Але поняття «безпідставність» є оціночним, і його застосування у практиці розгляду справ названої категорії неоднозначне.

Безпідставною треба вважати таку невиплату заробітної плати, яка вчинена за наявності об'єктивної можливості здійснити виплату, а для з'ясування такої можливості необхідно перевіряти фінансово-економічний стан підприємства, установи чи організації, де виявлено невиплату, а також мету використання коштів, які надходили на їхні рахунки. При цьому можна виявити й конфлікт інтересів підприємства та його працівників, коли за наявності заборгованості з виплати заробітної плати кошти, що надходили на рахунок підприємства, витрачались для підтримання його діяльності. У таких випадках при вирішенні питання про притягнення керівника підприємства до кримінальної відповідальності за ст. 175 КК слід виходити з положень ст. 39 цього Кодексу, яка містить поняття крайньої необхідності.

За ч. 2 ст. 175 КК необхідно кваліфікувати дії керівника, спрямовані на умисну безпідставну невиплату заробітної плати, якщо вони були вчиненівнаслідок нецільового використання коштів, призначених саме для виплати заробітної плати.

Узагальнення засвідчило, що на практиці виникають певні труднощі при визначенні цієї кваліфікуючої ознаки дій винних осіб, і зокрема при з'ясуванні питання, які кошти були призначені для виплати заробітної плати. Слідчі прокуратури м. Одеси при розслідуванні справ названої категорії призначали судово-бухгалтерські експертизи для підтвердження фактів нецільового використання коштів, що могли бути використані на погашення заборгованості із виплати заробітної плати, проте кваліфікували дії обвинувачених не за ч. 2, а за ч. 1 ст. 175 КК. Подібних прикладів неправильної кваліфікації дій засуджених, а саме коли в діях винних убачались ознаки злочину, передбаченого ч. 2 ст. 175 КК, а справа надходила до суду з обвинуваченням за ч. 1 цієї статті, багато в судовій практиці всіх регіонів. Це пов'язано з певними труднощами, що виникають в органів досудового слідства і судів при тлумаченні поняття «нецільове використання коштів, призначених для виплати заробітної плати». Органи досудового слідства не з'ясовували, яким чином на підприємстві, особливо недержавної форми власності, формується фонд заробітної плати, як використовуються кошти, які надходили на рахунок підприємства. Нерідко суди погоджувалися з висновками слідчих про те, що дії керівника, який мав на рахунку чи в касі підприємства кошти і не сплачував заробітну плату, а ви-трачав їх на господарські потреби для забезпечення нормальної господарської діяльності підприємства, є діями, які підпадають лише під ознаки злочину, передбаченого ч. 1 ст. 175 КК.

Так, Ямпільський районний суд Сумської області вироком від 29 червня 2004 р. засудив за ч. 1 ст. 175 КК генерального директора ТОВ Ф. за те, що, маючи на рахунку і в касі товариства кошти в сумі понад 112 тис. грн (заборгованість на 1 квітня 2004 р. становила 51 тис. грн), на виплату заробітної плати витратив 12 тис. грн, а решту грошових надходжень витратив на оплату енергоносіїв, придбання пально-мастильних матеріалів, виплату відсотків за використання банківського кредиту й інші потреби товариства.

У зазначеній справі невиплата заробітної плати внаслідок нецільового використання коштів була закладена у формулюванні обвинувачення, але питання про кваліфікацію дій винних осіб за ч. 2 ст. 175 КК залишилося поза увагою слідчого і прокурора.

Згідно з чинним кримінально-процесуальним законодавством суд розглядає справу в межах пред'явленого обвинувачення і не може ініціювати зміну обвинувачення на більш тяжкий злочин, а прокурори, які беруть участь у розгляді справи судом першої інстанції, не реагують належним чином на неправильну кваліфікацію дій винних осіб.

Деякі суди Львівської й інших областей перекваліфіковували дії підсудних з ч. 2 на ч. 1 ст. 175 КК, мотивуючи свої рішення тим, що керівники підприємств приватної форми власності є розпорядниками одержаних доходів,

які не мають цільового призначення на виплату заробітної плати на відміну від державних підприємств. Інші суди при витрачанні керівниками підприємств грошей на господарські цілі, а не на виплату заробітної плати або погашення заборгованості з її виплати, засуджували підсудних за ч. 2 ст. 175 КК. Наведене свідчить про відсутність єдиної судової практики щодо кваліфікації дій осіб, винних у невиплаті працівникам заробітної плати.

Розпорядження коштами за призначенням регламентується тільки для установ та організацій, які фінансуються з бюджету і у фінансових документах яких чітко визначено кошти для виплати заробітної плати. Тоді як згідно зі ст. 319 Цивільного кодексу України та ст. 134 Господарського кодексу України власник (суб'єкт господарювання) володіє, користується і розпоряджається своїм майном, у тому числі коштами, на власний розсуд.

Таким чином, якщо тлумачити кваліфікуючу ознаку ч. 2 ст. 175 КК буквально, то до кримінальної відповідальності за цією статтею можна було б притягнути лише керівників тих установ та організацій, у яких використання коштів є цільовим. Проте відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону «Про оплату праці» оплата праці працівників підприємства здійснюється в першочерговому порядку. Отже, у разі розширеного тлумачення кваліфікуючої ознаки ч. 2 ст. 175 КК за цією частиною можна притягнути до кримінальної відповідальності керівника підприємства в усіх випадках, коли кошти підприємства він використовував не на виплату заробітної плати, а на інші потреби. Тоді ч. 1 ст. 175 КК взагалі втрачає сенс існування, оскільки в разі відсутності у підприємства коштів відсутня й обов'язкова ознака злочину — безпідставність невиплати заробітної плати, а у випадках використання коштів підприємства на інші потреби, а не на виплату заробітної плати, настає відповідальність за ч. 2 ст. 175 КК. Тому кваліфікуюча ознака ч. 2 цієї статті потребує ретельного вивчення й аналізу, а практика її застосування — додаткового роз'яснення.

Узагальнення засвідчило, що зі злочинів, вчинених за сукупністю з невиплатою заробітної плати, найбільше поширені злочини, передбачені статтями 172, 212, 364 та 366 КК, але й у цих випадках однакової практики щодо кваліфікації дій винних осіб немає.

Слід ураховувати, що безпідставна умисна невиплата заробітної плати за відсутності в діях винної особи іншого складу злочину охоплюється спеціальним складом злочину, передбаченим ст. 175 КК, і додаткової кваліфікації, зокрема за ст. 364 КК, не потребує.

Найбільш типовими є випадки кваліфікації дій засуджених за сукупністю злочинів, склад яких передбачений ч. 1 ст. 175 та ч. 1 ст. 366 КК (службове підроблення). Як правило, така кваліфікація пов'язана зі складанням керівниками підприємств фіктивних документів статистичної звітності (статистичний звіт форми № 1-ПВ, звіт «Про роботу») для приховування наявної на підприємстві заборгованості з виплати заробітної плати.

У судах немає однакової практики щодо кваліфікації дій керівників, які крім невиплати заробітної плати ще й ухилялися від сплати податків.

Наприклад, Токмацький районний суд Запорізької області вироком від 11 березня 2004 р. засудив за ч. 1 ст. 175 та ч. 2 ст. 367 КК директора ТОВ К.,

який крім невиплати заробітної плати не перерахував до бюджету 13 тис. 677 грн прибуткового податку з громадян, що завдало тяжких наслідків державним інтересам.

Інші суди дії підсудних із ухилення від сплати податків кваліфікували за ст. 364 КК.

Згідно з роз'ясненнями, наведеними у пунктах 7, 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів», ухилення від сплати податку з доходів фізичних осіб, справляння якого з 1 січня 2004 р. передбачено Законом від 22 травня 2003 р. № 889-IV «Про податок з доходів фізичних осіб», кваліфікується за ст. 212 КК, а умисне неутримання чи неперерахування до бюджету до 1 січня 2004 р. прибуткового податку з громадян, справляння якого передбачалося Декретом Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1992 р. № 13-92 «Про прибутковий податок з громадян», має кваліфікуватись як зловживання владою або службовим становищем за ст. 364 КК.

Немає єдиної практики в судах і щодо кваліфікації дій керівників, з вини яких працівникам виплачувалася заробітна плата не в повному обсязі, а частково.

Частиною 1 ст. 41 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП) передбачено адміністративну відповідальність за порушення встановлених термінів виплати заробітної плати або виплату останньої не в повному обсязі, причому незалежно від розміру заборгованості. Тому кримінальна відповідальність за ст. 175 КК може наставати лише у випадку невиплати заробітної плати в повному обсязі, а в разі її неповної виплати кожного місяця керівника можна притягнути тільки до адміністративної відповідальності. Інакше зводиться нанівець дія ч. 1 ст. 41 КпАП і настає зайва й безпідставна криміналізація діянь керівників підприємств.

Безпідставну невиплату заробітної плати не можна кваліфікувати за ст. 172 КК, оскільки відповідальність за такі діяння передбачено спеціальною нормою — ст. 175 КК. Враховуючи, що ця стат-тя має бланкетний характер, суди у вироках і постановах, як правило, зазначають, які саме норми були порушені. Однак єдиної практики в цьому питанні немає. Більшість судів посилалась на Конституцію України, закони: «Про оплату праці», від 21 грудня 2000 р. № 2181-III «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», від 3 липня 1991 р. № 1282-XII «Про індексацію грошових доходів населення» (у редакції Закону від 6 лютого 2003 р. № 491-IV), від 16 липня 1999 р. № 996-XIV «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», статті 115 та 116 КЗпП, укази Президента України від 12 травня 1996 р. № 333/96 «Про невідкладні заходи щодо забезпечення своєчасної виплати заробітної плати, пенсій, стипендій та інших соціальних виплат» та від 7 травня 2001 р. № 292/2001 «Про невідкладні заходи щодо прискорення погашення заборгованості із заробітної плати». У деяких вироках відсутні посилання на будь-які законодавчі або нормативні акти.

У диспозиції ст. 175 КК зазначено про відповідальність за невиплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленої законом виплати. Отже, при формулюванні обвинувачення та по-становленні вироку необхідно посилатися на конкретні норми закону (законів), якими установлено ці виплати. Для заробітної плати такими, зокрема, є Конституція України, Закон «Про оплату праці» та положення КЗпП.

Звільнення осіб від кримінальної відповідальності

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 175 КК особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо до притягнення до такої відповідальності вона здійснить виплату заробітної плати.

Згідно з рішенням Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень ч. 3 ст. 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність), притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину.

Отже, для звільнення керівника від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 175 КК необхідно, щоб виплату заробітної плати він здійснив до пред'явлення йому обвинувачення у безпідставній невиплаті заробітної плати. Але деякі суди допускають порушення цієї вимоги закону.

Так, Луцький міськрайонний суд постановою від 25 березня 2004 р. звільнив від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 175 КК директора приватної фірми Г., який протягом 2002—2003 рр. не платив працівникам фірми заробітну плату, заборгувавши 12 тис. 600 грн. При цьому суд не врахував, що заборгованість із заробітної плати Г. погасив після направлення справи щодо нього в суд з обвинувальним висновком. Справу закрито на підставі ст. 7 КПК та ст. 48 КК.

Деякі суди закривали справи й у випадках погашення заборгованості на стадії розгляду справи в суді. Така практика є хибною.

Частина 3 ст. 175 КК є спеціальною нормою звільнення від кримінальної відповідальності, і в разі її застосування посилання на інші норми КК є зайвим. Крім того, застосування судами при цьому, наприклад, ст. 45 чи ст. 48 КК зобов'язує їх дотримувати зазначених у цих нормах умов звільнення від кримінальної відповідальності (вчинення злочину вперше тощо), тоді як ч. 3 ст. 175 КК інших умов, ніж виплата заробітної плати до притягнення до кримінальної відповідальності, не передбачено.

Водночас у суддів виникає питання, якою нормою КПК керуватись у разі звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 175 КК. Одні суди керуються при цьому ст. 7 КПК (звільнення від кримінальної відповідальності внаслідок зміни обстановки), інші — ст. 72 КПК (звільнення у зв'язку з дійовим каяттям). Але ці норми КПК містять посилання на певні статті КК (ст. 48 і ст. 45 відповідно), що передбачають певні умови і підстави для звільнення від кримінальної відповідальності.

У зв'язку з тим, що такий порядок звільнення кримінально-процесуальним законом не регламентовано, до урегулювання цього питання на законодавчому

рівні при звільненні особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 175 КК слід керуватися ст. 72 КПК.

Практика призначення кримінального покарання

Аналіз практики призначення покарання за вчинені злочини засвідчив, що до реального покарання у виді позбавлення волі винні не засуджувалися. Здебільшого суди призначали покарання у виді штрафу. Засуджувались особи також до виправних робіт, обмеження волі або позбавлення волі зі звільненням від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК. Застосовувалося й додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Загалом суди правильно вирішують питання щодо призначення покарання винним, тобто додержують вимог статей 65—73 КК та роз'яснень, які дав Пленум Верховного Суду України у постанові від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (далі — постанова Пленуму № 7), й обирають засудженим покарання, достатні для їх виправлення та попередження нових злочинів.

Однак узагальнення висвітлило ряд проблем щодо застосування судами додаткового покарання, передбаченого ч. 1 ст. 175 КК.

Апеляційні суди нарікають на непослідовність законодавця і недосконаліть санкції ч. 2 ст. 175 КК, якою не передбачено обов'язкове додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як це має місце у ч. 1 цієї статті. Водночас у жодній з перевірених справ суди не застосовували ч. 2 ст. 55 КК при засудженні особи за ч. 2 ст. 175 цього Кодексу та наявності підстав для застосування додаткового покарання у виді правової заборони обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Це свідчить про те, що суди не повною мірою використовують можливості кримінального закону. Значна кількість судів першої інстанції при призначенні засудженим покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю не конкретизує такі посади чи діяльність, обмежуючись загальним формулюванням, тобто суди не дотримують вимог, викладених у п. 17 постанови Пленуму № 7.

Нерідко суди порушують вимоги ст. 70 КК й обирають додаткове покарання не за окремий злочин, а за їх сукупністю.

Цивільні позови

Позови про стягнення заборгованої заробітної плати у справах зазначеної категорії пред'являли потерпілі або в їхніх інтересах прокурори лише в поодиноких випадках, але й у цих випадках суди вирішували такі позови неоднозначно.

У деяких випадках суди взагалі не приймали рішень щодо заявлених цивільних позовів про стягнення заборгованості із заробітної плати, в інших — приймали рішення про стягнення заборгованості з підприємства, а іноді — із засудженого за ст. 175 КК керівника.

Наприклад, Малиновський районний суд м. Одеси вироком від 10 серпня 2004 р. постановив стягнути на користь потерпілих 65 тис. 859 грн

невиплаченої заробітної плати із засудженого за ч. 1 ст. 175 КК директора ВАТ Ю. Таке рішення суду є неправильним, оскільки заробітна плата виплачується з коштів підприємства, установи, організації і заборгованість із заробітної плати може стягуватись лише з цих юридичних осіб.

Апеляційний суд Харківської області вважає, що вирішення питання щодо стягнення заборгованості із заробітної плати та відшкодування завданої її невиплатою шкоди можливе лише в порядку цивільного судочинства, тому що (враховуючи специфіку об'єкта злочинного посягання — трудові права потерпілого) предметом цивільного позову в кримінальних справах названої категорії не може бути матеріальна вимога. Така думка є слушною. Крім того, відповідно до ст. 32 Закону «Про опла-ту праці» трудові спори з питань оплати праці розглядаються і вирішуються згідно із законодавством про трудові спори.

Порядок розгляду індивідуальних трудових спорів регламентовано гл. XV КЗпП, де передбачено, що трудовий спір вирішується комісією по трудових спорах або місцевим судом за заявою працівника. Зважаючи на те, що трудові спори не можуть розглядатись у кримінальному процесі і що об'єктом злочину, склад якого передбачений ст. 175 КК, є трудові, а не майнові права особи, позови про стягнення заборгованості із заробітної плати та компенсації у зв'язку з порушенням строків її виплати мають розглядатися в порядку цивільного судочинства, тим більше, що відповідачем за такими позовами має бути підприємство, установа чи організація, а не керівник, який притягується до кримінальної відповідальності за ст. 175 КК.

Окремі постанови

Незважаючи на надзвичайну важливість у соціальному аспекті питання щодо своєчасної оплати праці і наявність підстав для відповідного судового реагування за результатами розгляду справ, суди вкрай рідко використовували можливості, надані їм положеннями ст. 232 КПК.

Окремі постанови в порядку, передбаченому зазначеною статтею, у справах аналізованої категорії суди виносили лише в деяких випадках, і стосувалися вони, як правило, недоліків роботи прокуратури.

***

Узагальнення практики розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачений ст. 175 КК, засвідчило, що необхідно підвищувати рівень якості досудового слідства і судового розгляду справ названої категорії. У зв'язку з відсутністю методики розслідування справ такої категорії органи досудового слідства порушують вимоги КПК, допускають помилки при кваліфікації дій осіб, що притягуються до відповідальності, тощо. Слідчі та суди не завжди перевіряють і досліджують такі ознаки цього складу злочину, як умисність та безпідставність невиплати заробітної плати, а також причини її невиплати; чи не було це зумовлено необхідністю використання коштів для продовження господарської діяльності підприємства та його існування, а така неповнота досудового і судового слідства може поставити під сумнів обґрунтованість засудження керівника підприємства за умисну та безпідставну невиплату працівникам заробітної плати.

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 березня 2016 року у справі № 5-299кс15

(рішення про правильну кваліфікацію незаконного проникнення до житла)

Встановлення законності чи незаконності фактичного володіння особи житлом чи «іншим володінням» знаходиться поза межами диспозиції статті 162 КК.

Для визначення предмета цього злочину має значення лише встановлення, чи належить він до переліку матеріальних об'єктів, зазначених у статті 233 КПК, та чи підпадає цей об'єкт під ознаки фактичного володіння ним особи як житлом чи «іншим володінням», тобто чи проживала ця особа у будинку, утримувала земельну ділянку та фактично користувалася ними, не зважаючи на спірність реалізації цих повноважень. Наявність спору щодо зазначених об'єктів не виключає фактичного володіння та користування ними.

Потерпілий з дружиною користувались у садовому товаристві земельною ділянкою тривалий час (з 90-х років), тоді ж огородили її стаціонарним парканом, побудували будинок, в якому постійно проживають із сім'єю, та, не зважаючи на наявність тривалих спорів стосовно належності землі, у тому числі й судових, фактично користуються і утримують домоволодіння (будинок та земельну ділянку).

Проникнення на його територію в пізній час без дозволу володільця і без законних підстав, в тому числі з подоланням перешкоди – паркану, є порушенням недоторканності іншого володіння особи, яке тягне настання відповідальності за частиною першою статті 162 КК.

(Витяг)

Вироком Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 16 жовтня 2014 року ОСОБА 1, ДАТА 1, засуджено за частиною другою статті 125 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді обмеження волі строком на два роки, за частиною першою статті 162 КК до покарання у виді обмеження волі строком на один рік та у відповідності до вимог статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА 1 остаточно визначено покарання у виді обмеження волі на строк два роки і на підставі статей 75, 76 КК його звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком один рік з покладенням обов'язку публічно попросити вибачення у потерпілого ОСОБА 2.

Цим же вироком ОСОБА 1 виправдано за частиною другою статті 126 КК за недоведеністю його участі у вчиненні цього кримінального правопорушення.

Згідно з вироком ОСОБА 1 визнано винуватим і засуджено за вчинення наступних дій.

24 лютого 2013 року близько 21 години він з метою вчинення

протиправних дій щодо ОСОБА 2 разом з трьома невстановленими особами прибув на вул. Горобинну в садовому товаристві «Вікторія-Плюс», розташованому на території Гнідинської сільської Ради Бориспільського району Київської області, де в домоволодінні ІНФОРМАЦІ 1 постійно проживав ОСОБА 2 зі своєю сім'єю. Діючи умисно, в порушення статті 30 Конституції України, яка гарантує право на недоторканість житла, ОСОБА 1 і невстановлені особи незаконно проникли на територію домоволодіння. При цьому одна особа перестрибнула через паркан і звідти відкрила хвіртку, що вела на подвір'я будинку, чим надала безперешкодний доступ на територію домоволодіння ОСОБА 1 та двом іншим особам, які підійшли до вхідних дверей будинку. У цей час ОСОБА 2, який мав намір вийти на подвір'я, відчинив вхідні двері. Коли він зупинився на порозі веранди свого будинку, ОСОБА 1 на ґрунті тривалих неприязних стосунків умисно завдав ОСОБА 2 кулаком удар в голову, після чого потерпілому завдали удари, окрім ОСОБА 1, й інші невстановлені особи. В результаті дій ОСОБА 1 потерпілому були заподіяні легкі тілесні ушкодження у виді струсу головного мозку, що спричинило короткочасний розлад здоров'я.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 22 січня 2015 року вирок Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 16 жовтня 2014 року щодо ОСОБА 1 залишив без зміни.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 вересня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА 1 залишено без зміни.

Засуджений ОСОБА 1 звернувся із заявою про перегляд Верховним Судом України ухвали суду касаційної інстанції від 10 вересня 2015 року з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, та неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї ж самої норми права, передбаченої Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК), що також зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, тобто у своїй заяві ОСОБА 1 посилається на підстави, передбачені пунктами 1, 2 частини першої статті 445 КПК.

У своїй заяві, поданій після усунення її недоліків, ОСОБА 1 просить судові рішення щодо нього скасувати і: в частині засудження його за частиною першою статті 162 КК – кримінальне провадження закрити за відсутністю у його діях складу злочину, а за частиною другою статті 125 КК - направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

У частині виправдання його за частиною другою статті 126 КК – судові рішення не оспорює.

У заяві ОСОБА 1 вказує, що як голова садового товариства «Стадне» (далі – СТ «Стадне») він зайшов на територію земельної ділянки, яка не перебувала у законному володінні ОСОБА 2, однак той, не маючи права на землю, самочинно збудував на ній будинок, де постійно проживав із сім'єю. Однак зазначена земельна ділянка перебувала у достроковій оренді СТ «Стадне», а на

праві приватної власності належала члену цього товариства ОСОБА 3. На думку заявника, предметом злочину, за який його засуджено, може бути тільки житло чи інше володіння фізичної особи, щодо яких особа на законних підставах здійснює право володіння як складове поняття права власності за статтею 317 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), а в його справі потерпілий такого права не мав, оскільки у нього відсутні правовстановлюючі документи на будинок і земельну ділянку.

Тому заявник вважає, що в його діях відсутній склад злочину, передбачений частиною першою статті 162 КК, та вказує, що суд касаційної інстанції, погодившись з рішеннями судів першої і апеляційної інстанцій щодо засудження його за цим кримінальним законом, допустив **неоднакове застосування норми частини першої статті 162 КК** у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Зокрема, він зазначає, що у його справі Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ відмовився досліджувати законність/незаконність використання потерпілим земельної ділянки та погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про те, що для кваліфікації дій особи за частиною першою статті 162 КК є необхідним лише встановлення факту незаконного (без згоди потерпілого, за відсутності визначених законом підстав і без відповідного судового рішення) проникнення на територію домоволодіння, у якому проживав і яке утримував потерпілий, та не має значення законність фактичного володіння потерпілим земельною ділянкою та наявність спору між сторонами, що розглядається за правилами цивільного судочинства.

На обґрунтування іншої позиції суду касаційної інстанції у правозастосуванні частини першої статті 162 КК за подібних правовідносин ОСОБА 1 посилається на ухвали Верховного Суду України від 6 липня 2006 року, 19 березня 2009 року та ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2011 року.

Зокрема, він зазначає, що ухвалою касаційного суду від 6 липня 2006 року № 5-3541км06 судові рішення щодо засудження ОСОБИ 2, ОСОБИ 3, ОСОБИ 4 за частиною першою статті 365, статтею 356 КК скасовані, а справа направлена на нове розслідування. З тексту ухвали видно, що ці особи обвинувачувались також у вчиненні злочину, передбаченого статтею 162 КК, однак у суді першої інстанції щодо них було змінено обвинувачення з виключенням з нього статті 162 КК у зв'язку з відсутністю по справі даних про наявність у потерпілого – ОСОБИ 5 законних прав на житло, з якого він був виселений, що касаційний суд визнав правильним.

Заявник також вказує, що в ухвалі від 19 березня 2009 року № 5-713км09 суд касаційної інстанції змінив вирок суду першої інстанції щодо ОСОБИ 1, засудженої за частиною першою статті 162 і статтею 304 КК: у частині її засудження за частиною першою статті 162 КК вирок скасував, а справу закрив на підставі пункту 2 статті 6 КПК (в редакції 1960 року), мотивуючи своє рішення тим, що транспортний засіб, до якого без відома і дозволу власника проникла особа, не є предметом цього злочину, а проникнення особи в

приміщення гаражу господарства потерпілого також не утворює складу злочину, передбаченого частиною першою статті 162 КК.

В ухвалі від 29 березня 2011 року № 5-492км11, як указує заявник, суд касаційної інстанції обґрунтовано погодився з рішенням суду першої інстанції щодо ОСОБИ 7 та ОСОБИ 8, які були засуджені за частиною другою статті 162 КК за незаконне проникнення службових осіб до житла ОСОБИ 5, з посиланням на те, що судом у справі встановлено, що житлове приміщення надавалось потерпілому на підставі договору оренди, а в подальшому було за договором купівлі-продажу йому продано, а тому це житло мало правовий режим законного володіння особи.

Також засуджений ОСОБА 1 у заяві зазначає, що судами першої і апеляційної інстанцій у його справі істотно порушено вимоги статей 91, 92, 368, 419 КПК, оскільки судами не надано будь-якої оцінки або дана неналежна оцінка доводам та доказам сторони захисту як щодо його обвинувачення за частиною першою статті 162 КК в частині визначення правового режиму земельної ділянки, так і щодо обвинувачення за частиною другою статті 125 КК в частині мотивів дій і обставин завдання ударів О СОБА 2, їх кількості та наслідків. А це, на думку заявника, потягло неправильне встановлення судом фактичних обставин справи, неповноту судового розгляду та потребувало за вимогами статті 438 КПК скасування судових рішень щодо нього з направленням справи на новий судовий розгляд, чого судом касаційної інстанції зроблено не було, чим допущено неоднакове застосування норми кримінального процесуального закону – статті 438 КПК.

На обґрунтування неоднаковості в правозастосуванні статті 438 КПК ОСОБА 1 посилається на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 липня та 1 вересня 2015 року, якими касаційний суд рішення апеляційних судів щодо осіб, засуджених за частинами першою та третьою статті 190 та частиною четвертою статті 358 КК - у першому випадку та за частиною першою статті 121 КК – у другому випадку, скасував та призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції, мотивуючи це тим, що апеляційний суд належно не перевірив доводи апеляцій засуджених щодо неповноти судового розгляду і невідповідності висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження та не навів докладних мотивів прийнятого рішення про залишення апеляцій без задоволення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, доводи заявника та адвоката Вака В.І. щодо задоволення заяви, доводи потерпілого ОСОБА 2 та його представника– адвоката Єсьмана П.М., які просили відмовити в задоволенні заяви ОСОБА 1, доводи прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінального провадження і матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви, вивчила наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку про таке.

1. Згідно з вимогами статті 444 КПК Верховний Суд України переглядає судові рішення виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Статтею 445 КПК визначено вичерпний перелік підстав для перегляду судових рішень Верховним Судом України, який розширеному тлумаченню не підлягає.

Згідно з пунктом 2 частини першої статті 445 КПК однією із підстав перегляду судових рішень є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми кримінального процесуального Кодексу, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

1.2. Суд зазначає, що хоча на стадії відкриття провадження заява засудженого ОСОБА 1 була визнана прийнятною, проте вона містить досить складні питання права і факту, щоб їх можна було вирішити на етапі перевірки (стадії допуску справи) відповідності заяви вимогам статті 450 КПК в контексті застосування пункту 2 частини першої статті 445 КПК. Тому Суд вважає, що це питання потребує перегляду, але в межах специфічних повноважень Суду, визначених законом.

1.3. У виробленій практиці Суд уже надавав роз'яснення своїх повноважень в аспекті положень статті 445 КПК, згідно з якими до його компетенції не входить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанцій. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень (див. справа № 5-109кс15).

З огляду на це, Суд за загальним правилом не може піддавати сумніву встановлення фактів у справі, але має повноваження визначати правильність/неправильність тлумачення та застосування судом касаційної інстанції норм матеріального чи процесуального права.

1.4. Суд констатує, що ОСОБА 1 у своїй первинній заяві стверджував, що касаційний суд неоднаково застосовує статтю 438 КПК, загальні положення якої встановлюють підстави для скасування чи зміни судових рішень судом касаційної інстанції з відсиланням до положень статей 412 - 414 КПК, та наводив перелік доказів, яким, на його думку, не було надано судами відповідної оцінки чи дана невірна оцінка, з посиланням при цьому на статті: 91 КПК (обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні), 92 КПК (обов'язок доказування), 368 КПК (питання, що вирішуються судом при ухваленні вироку), 419 КПК (зміст ухвали суду апеляційної інстанції), які визначають загальні умови, правила і компетенцію учасників кримінальної процесуальної діяльності.

Проте ОСОБА 1 не визначився зі своїми вимогами в аспекті положень пункту 2 частини першої статті 445 КПК. У своїй заяві він не навів конкретні норми КПК, які неоднаково застосовані касаційним судом у різних рішеннях. Його заява фактично зводилась до спроби переконати Суд у необхідності втрутитись у фактичну складову рішень, ухвалених щодо нього судами нижчого рівня. Оскільки заявник не навів у заяві належного обґрунтування своїх вимог щодо перегляду судових рішень з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 445 КПК, йому було надано строк для усунення недоліків у цій частині (ухвала судді Верховного Суду України від 21 жовтня 2015 року).

1.5. Як убачається із матеріалів провадження, заявник відреагував на ухвалу судді і подав нову заяву, проаналізувавши яку, Суд констатує, що заявник так і не визначився з нормами кримінального процесуального права, передбаченими КПК, які начебто неоднаково застосовані судом касаційної інстанції, що й зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, а по суті зробив нову спробу оспорити фактичні обставини, встановлені у його справі судами факту. Він зазначає про однобічність та неповноту досудового розслідування та судового розгляду; заперечує обґрунтованість висновків судів щодо оцінки доказів і просить дати цим обставинам відповідну правову оцінку з урахуванням доводів, наведених стороною захисту в апеляціях і касаційних скаргах.

Отже, заявник фактично порушує питання про повторний касаційний розгляд справи щодо нього, що виходить за межі визначених законом повноважень Суду.

Тому Суд вважає, що заява, як явно необґрунтована відповідно до вимог пункту 2 частини першої статті 445 КПК, у цій частині не підлягає задоволенню.

2. Згідно з пунктом 1 частини першої статті 445 КПК підставою для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

2.2. Відповідно до змісту заяви ОСОБА 1, за якою справа допущена до провадження Верховного Суду України, рішення суду касаційної інстанції щодо заявника оскаржено і переглядається із зазначеної вище підстави.

2.3. Порівняння правовідносин оспореного рішення і порівнюваних рішень суду касаційної інстанції від 6 липня 2006 року, 19 березня 2009 року і 29 березня 2011 року свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, зокрема: за об’єктом посягання – права людини і громадянина на недоторканність житла чи іншого володіння; за предметом злочину – житлом чи іншим володінням особи; за об’єктивною стороною – вчинення дій, що порушують недоторканність житла чи іншого володіння громадян (що може мати місце у різних формах: незаконного проникнення до них, незаконного проведення в них огляду, незаконного проведення в них обшуку, незаконного виселення чи незаконного вчинення інших дій, що порушують недоторканість житла); за суб’єктом злочину тощо. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспореному рішенні – за частиною першою статті 162 КК з визнанням, що для кваліфікації цього діяння не має значення законність/незаконність володіння предметом злочину (житлом чи іншим володінням особи), а в порівнюваних – визнано, що ці дії не утворюють складу цього злочину з огляду на незаконність володіння потерпілим предметом посягання або за його відсутності (ухвали від 06.07.2006 року, від 19.03.2009 року), чи утворюють склад цього злочину з огляду на підтвердження законних прав потерпілого на предмет злочину (ухвала від 29.03.2011 року). Наведене

дає підстави Верховному Суду України розглянути в цій частині заяву ОСОБА 1, вирішивши питання щодо законності прийнятого щодо нього оспореного судового рішення.

2.4. Згідно з положеннями статті 444 КПК, пункту 1 частини першої статті 445 КПК, частини першої статті 446 КПК перегляд оспореного судового рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені та визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій та з якими погодився суд касаційної інстанції.

2.5. Предметом перегляду даної справи за цією підставою є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо розуміння ознак предмету злочину, передбаченого частиною першою статті 162 КК, а саме, за якими ознаками вважати житло чи інше володіння особи таким, незаконне проникнення до якого тягне настання кримінальної відповідальності.

2.6. Вирішуючи це питання, необхідно взяти до уваги наступне.

Недоторканість житла особи є принципом, визнаним світовою спільнотою.

Згідно зі статтею 12 Загальної декларації прав людини, яка прийнята і проголошена Резолюцією 217 А (Ш) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року, «…ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканість його житла… Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань».

Таке саме положення міститься у статті 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 року, який набув чинності для України 23 березня 1976 року.

Відповідно до статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4 листопада 1950 року) передбачено, що: «Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання відбувається згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».

Виходячи з цих міжнародно-правових актів, Україна закріпила принцип недоторканості житла і поваги до особистого і сімейного життя людини у національному законодавстві, розширивши цей принцип вимогою щодо недоторканості й іншого володіння особи.

Відповідно до статті 30 Конституції України передбачено, що кожному гарантується недоторканість житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна, чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку.

Ці конституційні норми, що охороняють права і свободи людини, знайшли закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України як засади кримінального судочинства (статті 7, 13 КПК), за якими не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Крім того, частиною першою статті 233 КПК передбачено, що ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених частиною третьою цієї статті.

Також статтею 162 КК встановлена кримінальна відповідальність за незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, незаконне проведення в них огляду чи обшуку, а так само незаконне виселення чи інші дії, що порушують недоторканість житла громадян.

Отже, в Конституції та інших законах України не передбачено право будь-кого і будь-коли проникати в житло чи інше володіння особи тільки тому, що там хтось незаконно перебуває та володіє ним, окрім невідкладних випадків, зазначених у частині другій статті 30 Конституції України.

2.7. Слід зазначити, що недоторканість житла та іншого володіння особи, яке включає в себе й недоторканість приватного та сімейного життя, передбачає більш широкі права особи і у кримінальному процесуальному аспекті більш широке поняття житла та іншого володіння особи, ніж це визначено в цивільному і житловому праві.

Так, згідно з частиною другою статті 233 КПК (в редакції Закону України № 4651-17 від 13 квітня 2012 року) під **житлом особи** розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться в постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом. До **іншого володіння особи** належать транспортні засоби, земельні ділянки, гаражі, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого чи іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи.

При цьому кримінальним і кримінальним процесуальним законом не встановлено обов'язковості такої ознаки житла особи чи її іншого володіння, як належність їх особі на праві власності (що включає право володіння, користування і розпорядження майном) чи на праві володіння як одного з елементів юридично забезпеченого права власності і як вид права на чужі речі (статті 317, 395 ЦК).

Виходячи з принципу недоторканості житла та іншого володіння особи та з огляду на визначення поняття іншого володіння особи, наданого в частині другій статті 233 КПК, під ним розуміються предмети матеріального світу, які перебувають законно або незаконно у фактичному стабільному (тривалому) і безперервному володінні фізичної особи та призначені, пристосовані чи

спеціально обладнані для розміщення або зберігання її майна, вирощування чи виробництва продукції, забезпечення побутових та інших потреб особи, а також оснащені будь-якими пристосуваннями (огорожею, запорами, сигналізацією, охороною тощо), які роблять неможливими або ускладнюють проникнення до них. При цьому зазначення про законне чи незаконне володіння як житлом, так і «іншим володінням» особи вказує на будь-які підстави набуття особою фактичного права володіння цим майном (права мати річ), яке може бути як пов'язаним, так і не пов'язаним з юридичною фіксацією цього факту (отриманням права на річ).

Такої позиції дотримується і Європейський суд з прав людини, який у своїх рішеннях, визначаючи, зокрема поняття «житло», тлумачить його як місце (помешкання), де особа постійно проживає, незалежно від форми чи підстави такого проживання, утримує і облаштовує його, навіть якщо це здійснено з порушенням національного законодавства (справа «Барклі проти Сполученого Королівства» 1996 року).

Таким чином, встановлення законності чи незаконності фактичного володіння особи житлом чи іншим володінням знаходиться поза межами диспозиції статті 162 КК.

Для визначення предмету цього злочину має значення лише встановлення, чи відноситься він до переліку матеріальних об'єктів, зазначених у статті 233 КПК, та чи підпадає цей об'єкт під ознаки фактичного володіння ним особи як житлом чи «іншим володінням», тобто чи проживала ця особа у будинку, утримувала земельну ділянку та фактично користувалася ними, не зважаючи на спірність реалізації цих повноважень. Наявність спору щодо зазначених об'єктів не виключає фактичного володіння та користування ними.

Як убачається із матеріалів справи, і цього не оспорює заявник, потерпілий ОСОБА 2 з дружиною користувались у садовому товаристві земельною ділянкою тривалий час (з 90-х років), тоді ж огородили її стаціонарним парканом, побудували будинок, в якому постійно проживають із сім'єю, та, не зважаючи на наявність тривалих спорів стосовно належності землі, у тому числі й судових, фактично користуються і утримують домоволодіння (будинок та земельну ділянку).

Проникнення на його територію в пізній час без дозволу володільця і без законних підстав, в тому числі з подоланням перешкоди – паркану, є порушенням недоторканості іншого володіння особи, яке тягне настання відповідальності за частиною першою статті 162 КК.

2.8. Крім того, суб'єктивна сторона цього злочину характеризується прямим умислом, тобто особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання.

При цьому умисел винної особи спрямований на незаконне проникнення до житла чи іншого об'єкту («іншого володіння»), яким фактично володіє потерпілий, що усвідомлюється винним, однак не потребує встановлення обізнаності останнього в підставах володіння потерпілим зазначеним майном (законності чи незаконності такого володіння).

2.9. Ураховуючи викладене, не вбачається, що судом касаційної інстанції при залишенні без зміни судових рішень щодо ОСОБА 1 було допущено неправильне застосування кримінального закону, а саме частини першої статті 162 КК, а тому у задоволенні заяви ОСОБА 1 належить відмовити.

Керуючись статтями 453, 454, 456 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА 1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як з підстави, передбаченої пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 1 жовтня 2015 року у справі № 5-106кс15

(рішення про правильну кваліфікацію грубого порушення законодавства про працю)

Визнання порушення законодавства про працю грубим залежить від оцінки таких критеріїв, кожний з яких має самостійне значення: 1) характеру порушуваних трудових прав людини; 2) категорії працівника, права якого порушуються; 3) об'єктивних ознак здійснюваного порушення (тривалість, систематичність, тяжкість можливих наслідків, кількість потерпілих тощо); 4) суб'єктивних ознак здійснюваного порушення (злісність мотивів, особисті неприязні стосунки тощо).

Вирішуючи питання про те, чи є порушення законодавства про працю грубим, суд у кожному окремому випадку має виходити з характеру порушених трудових прав людини, обставин, за яких вчинено це порушення, яку ним завдано (могло бути завдано) шкоду.

Своїми діями, які тривали протягом двох років, винуватий порушив вимоги законодавства, що формують зміст права на працю і його гарантії, а саме: охоронюване положеннями Кодексу законів про працю України та Закону № 1058-IV право потерпілого на офіційне оформлення трудових відносин та пов'язаний з цими відносинами соціальний захист.

Вчинене винуватим порушення законодавства про працю є грубим з огляду на характер порушених прав потерпілого, зокрема конституційно гарантованого права на працю. При цьому відсутність офіційного оформлення трудових відносин зумовила несприятливий юридичний стан потерпілого у вигляді відсутності запису у трудовій книжці про трудовий стаж за фактично відпрацьований час протягом двох років, що слід розцінити як негативні юридичні наслідки для потерпілого у сфері трудових відносин, соціального та пенсійного забезпечення.

Крім того, грубість порушення законодавства про працю у діяннях винуватого полягає також у його тривалості та припиненні лише у зв'язку зі зверненням потерпілого до правоохоронних органів.

(Витяг)

Вироком Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 18 лютого 2014 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною 1 статті 172 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення права обіймати керівні посади на підприємствах, організаціях, установах усіх форм власності та займатися керівною діяльністю строком на три роки.

За вироком суду ОСОБА_1.1 визнано винним у тому, що він, обіймаючи посаду директора ІНФОРМАЦІЯ_2 та будучи наділеним організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, умисно, всупереч положенням статей 2, 48 Кодексу законів про працю України, статей 8, 24, 27 Закону України від 9 липня 2013 року «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (далі – Закон № 1058-IV), прийнявши на посаду охоронця ІНФОРМАЦІЯ_2 ОСОБА_2.1 з вересня 2010 року по вересень 2012 року, не уклав трудовий договір з останнім та не зробив відповідний запис у трудову книжку, у зв'язку з чим не здійснював сплату страхових внесків та не звітував до органів податкової інспекції, чим грубо порушив законодавство про працю.

Ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 25 вересня 2014 року вирок районного суду щодо ОСОБА_1.1 змінено: в мотивувальній частині вироку вказано період скоєння кримінального правопорушення ОСОБА_1.1 – з вересня 2010 року по вересень 2012 року.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 березня 2015 року зазначені судові рішення залишені без зміни.

У заяві захисник Ганзій Р.П. порушує питання про скасування вироку Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 18 лютого 2014 року, ухвал Апеляційного суду Дніпропетровської області від 25 вересня 2014 року, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 березня 2015 року та закриття кримінального провадження у зв'язку з відсутністю в діях ОСОБА_1.1 складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 172 КК, з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Захисник вважає, що дії засудженого не становлять складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 172 КК, оскільки той факт, що ОСОБА_1.1 не уклав зі ОСОБА_2.1 трудовий договір та не зробив відповідний запис до трудової книжки останнього, який працював на його підприємстві охоронцем, і не сплачував за нього обов'язкові платежі, на думку захисника, не можна визнати грубим порушенням законодавства про працю.

На обґрунтування такого твердження заявник посилається на отриману з Єдиного державного реєстру судових рішень і долучену ним до заяви копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2011 року, зі змісту якої вбачається, що вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за частиною 1 статті 172 КК за те, що вона, торгуючи в магазині продуктами харчування, залучала до роботи найманого працівника ОСОБА_2 без укладання трудового договору, чим грубо порушила законодавство про працю, оскільки не дотрималась вимог частини 2 статті 2, статті 21, пункту 6 частини 1 статті 24 Кодексу законів про працю України.

Однак колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ дійшла висновку, що такі дії (бездіяльність) не є істотним порушенням права на працю ОСОБА_2, а тому порушення законодавства про працю ОСОБА_1 не є грубим, через що в її діях немає складу злочину, передбаченого статтею 172 КК.

Таким чином, на думку захисника, наявне неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

На підставі наведеного захисник Ганзій Р.П. просить судові рішення щодо засудженого ОСОБА_1.1 скасувати, а кримінальне провадження за обвинуваченням останнього у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 172 КК, закрити на підставі пункту 2 частини 1 статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) у зв’язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд), заслухавши суддю-доповідача, пояснення прокурора, який виступив проти задоволення заяви, перевіривши матеріали кримінального провадження і матеріали, додані до заяви, вивчивши висновок членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговоривши доводи заяви, вважає, що заява задоволенню не підлягає з огляду на таке.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1.1 переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 445 КПК та за правилами глави 33 цього Кодексу. Перегляд оспореного рішення відбувається, виходячи виключно з тих фактичних обставин та за сукупністю доказів, установлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування норми статті 172 КК про кримінальну відповідальність за інше грубе порушення законодавства про працю.

3. Поняття «інше грубе порушення законодавства про працю», яке використане законодавцем у частині 1 статті 172 КК, має оціночний характер, а тому для з’ясування характеру порушення слід звертатися до відповідних норм Кодексу законів про працю України. У кожному конкретному випадку воно повинно встановлюватися, виходячи з об’єктивних та суб’єктивних ознак вчиненого діяння.

Визнання порушення законодавства про працю грубим залежить від оцінки таких критеріїв, кожний з яких має самостійне значення: 1) характеру порушуваних трудових прав людини; 2) категорії працівника, права якого порушуються; 3) об'єктивних ознак здійснюваного порушення (тривалість, систематичність, тяжкість можливих наслідків, кількість потерпілих тощо); 4) суб'єктивних ознак здійснюваного порушення (злісність мотивів, особисті неприязні стосунки тощо).

Отже, вирішуючи питання про те, чи є порушення законодавства про працю грубим, суд у кожному окремому випадку має виходити з характеру порушених трудових прав людини, обставин, за яких вчинено це порушення, яку ним завдано (могло бути завдано) шкоду.

4. Із обсягу та характеру фактичних обставин справи, у якій заперечується правильність рішення суду касаційної інстанції, вбачається, що ОСОБА_1.1, обіймаючи посаду директора ІНФОРМАЦІЯ_2, прийнявши на посаду охоронця ОСОБА_2.1, протягом тривалого часу (з вересня 2010 року по вересень 2012 року), діючи всупереч вимогам статей 2, 48 Кодексу законів про працю України, статей 8, 24, 27 Закону № 1058-IV, офіційно трудові правовідносини з останнім не оформив, зокрема не уклав з ним трудовий договір та не зробив відповідний запис до його трудової книжки, не проводив щодо цієї особи сплату страхових внесків та не звітував до податкової інспекції.

Зазначені обставини вказують, що своїми діями, які тривали протягом двох років, ОСОБА_1.1 порушив вимоги законодавства, що формують зміст права на працю і його гарантії, а саме: охоронюване положеннями Кодексу законів про працю України та Закону № 1058-IV право ОСОБА_2.1 на офіційне оформлення трудових відносин та пов'язаний з цими відносинами соціальний захист.

Вчинене ОСОБА_1.1 порушення законодавства про працю є грубим з огляду на характер порушених прав ОСОБА_1.2, зокрема конституційно гарантованого права на працю. При цьому відсутність офіційного оформлення трудових відносин зумовила несприятливий юридичний стан потерпілого у вигляді відсутності запису у трудовій книжці про трудовий стаж за фактично відпрацьований час протягом двох років, що слід розцінити як негативні юридичні наслідки для ОСОБА_1.2 у сфері трудових відносин, соціального та пенсійного забезпечення.

Крім того, грубість порушення законодавства про працю у діяннях ОСОБА_1.1 полягає й у його тривалості та припиненні лише у зв'язку зі зверненням потерпілого до правоохоронних органів.

Отже, визнання судами вчиненого ОСОБА_1.1 порушення законодавства про працю як грубого відповідає змісту закону.

У судовому рішенні, наданому для порівняння, встановлено, що ОСОБА_1, будучи приватним підприємцем, торгуючи уроздріб продуктами харчування в магазині, з 1 травня по 30 липня 2010 року залучала до роботи найманого працівника ОСОБА_2 без укладання трудового договору. У жовтні 2010 року з ОСОБА_2 був офіційно укладений трудовий договір у письмовій формі. Врахувавши, що ОСОБА_2, перебуваючи на іспитовому строку,

нетривалий час (три місяці) працювала без офіційного оформлення трудового договору у письмовій формі, суд касаційної інстанції дійшов висновку про те, що допущене ОСОБА_1 порушення законодавства про працю не є грубим, у зв'язку з чим визнав, що в її діях відсутній склад злочину, передбаченого частиною 1 статті 172 КК.

Правова оцінка фактичної та юридичної кваліфікації діянь, інкримінованих ОСОБА_1.1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2011 року дають підстави зробити висновок, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій ОСОБА_1.1 застосував правильно.

Підсумовуючи наведене, Суд дійшов висновку, що заява захисника Ганзія Р.П. не підлягає задоволенню.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника Ганзія Романа Петровича.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини 1 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: визнання порушення законодавства про працю грубим залежить від оцінки таких критеріїв, кожний з яких має самостійне значення: 1) характеру порушуваних трудових прав людини; 2) категорії працівника, права якого порушуються; 3) об'єктивних ознак здійснюваного порушення (тривалість, систематичність, тяжкість можливих наслідків, кількість потерпілих тощо); 4) суб'єктивних ознак здійснюваного порушення (злісність мотивів, особисті неприязні стосунки тощо).

Вирішуючи питання про те, чи є порушення законодавства про працю грубим, суд у кожному окремому випадку має виходити з характеру порушених трудових прав людини, обставин, за яких вчинено це порушення, яку ним завдано (могло бути завдано) шкоду.

Головуючий

Судді

5. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

Про судову практику у справах про злочини проти власності

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 6 листопада 2009 року № 10

З метою реалізації конституційних гарантій захисту всіх форм власності від злочинних посягань, однакового та правильного застосування судами законодавства про відповідальність за злочини проти власності, запобігання

судових помилок при розгляді справ цієї категорії Пленум Верховного Суду України постановляє дати судам такі роз'яснення:

1. Звернути увагу, що у справах про злочини проти власності суди зобов'язані як установлювати вину підсудних і призначати їм необхідне й достатнє для їх виправлення та попередження нових злочинів покарання, так і вживати передбачені законом заходи для реалізації прав потерпілих на відшкодування заподіяної шкоди.

2. Предметом злочинів проти власності є майно, яке має певну вартість і є чужим для винної особи: речі (рухомі й нерухомі), грошові кошти, цінні метали, цінні папери тощо, а також право на майно та дії майнового характеру, електрична та теплова енергія.

Якщо за викрадення, заволодіння, привласнення, знищення, пошкодження та інші діяння щодо певного майна, предметів або засобів (наприклад, вогнепальна зброя, наркотичні засоби, психотропні речовини, прекурсори, радіоактивні матеріали тощо) відповідальність передбачено за статтями, які містяться в інших розділах Особливої частини Кримінального кодексу України (далі — КК), то такі діяння мають кваліфікуватися за цими статтями і додаткової кваліфікації за відповідними статтями розділу VI Особливої частини КК не потребують.

3. Крадіжка (таємне викрадення чужого майна) — це викрадення, здійснюючи яке, винна особа вважає, що робить це непомітно для потерпілого чи інших осіб.

Грабіж — це відкрите викрадення чужого майна у присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи, яка у свою чергу усвідомлює, що її дії помічені і оцінюються як викрадення.

Розрізняючи крадіжку і грабіж, слід виходити зі спрямованості умислу винної особи та даних про те, чи усвідомлював потерпілий характер вчинюваних винною особою дій. У зв'язку з цим викрадення належить кваліфікувати як крадіжку не лише тоді, коли воно здійснюється за відсутності потерпілого, але й у присутності сторонніх осіб, які не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки (психічно хворі, малолітні). Викрадення є таємним і в тому разі, коли воно відбувається у присутності потерпілої особи за умови, що винна особа не знає про це чи вважає, що робить це непомітно для неї, а також тоді, коли викрадення вчиняється у присутності особи, якій доручено майно, але вона перебуває в такому стані, що виключає можливість усвідомлювати значення того, що відбувається (сон, непритомність, стан сп'яніння).

4. Крадіжку і грабіж потрібно вважати закінченими з моменту, коли винна особа вилучила майно і мала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним.

Якщо особа, котра протиправно заволоділа майном, такої реальної можливості не мала, її дії слід розглядати залежно від обставин справи як закінчений чи незакінчений замах на вчинення відповідного злочину. Закінченим замахом на крадіжку є дії особи, яка викрала майно, але одразу була викрита.

Дії, розпочаті як крадіжка, але виявлені потерпілим чи іншими особами і, незважаючи на це, продовжені винною особою з метою заволодіння майном, належить кваліфікувати як грабіж, а в разі застосування насильства чи висловлювання погрози його застосування — залежно від характеру насильства чи погрози — як грабіж чи розбій.

Коли винна особа вже отримала реальну можливість розпорядитися чи користуватися протиправно вилученим майном, але застосовує насильство лише з метою уникнення затримання, її дії не можуть визнаватися грабежем, поєднаним з насильством. Залежно від способу вилучення майна вони можуть розцінюватись як крадіжка або грабіж. Застосування насильства в такому випадку утворює окремий склад злочину і потребує окремої кваліфікації залежно від тяжкості наслідків та заподіяної потерпілому фізичної шкоди.

5. Під насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого при грабежі, слід розуміти умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (завдання удару, побоїв, незаконне позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння. Такі насильницькі дії, вчинені під час грабежу, повністю охоплюються частиною другою статті 186 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребують.

6. Розбій як злочин проти власності (стаття 187 КК) — це напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства.

Під нападом за статтею 187 КК слід розуміти умисні дії, спрямовані на негайне вилучення чужого майна шляхом застосування фізичного або психічного насильства, зазначеного в частині першій цієї статті.

Розбій вважається закінченим з моменту нападу, поєднаного із застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосування такого насильства, незалежно від того, заволоділа винна =особа майном потерпілого чи ні.

7. Крадіжка, грабіж або розбій, поєднані з незаконним проникненням до житла, іншого приміщення чи сховища, кваліфікуються відповідно за частиною третьою статті 185, частиною третьою статті 186, частиною третьою статті 187 КК. Додатково за статтею 162 КК такі дії кваліфікувати не потрібно.

Якщо незаконне проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища поєднане зі вчиненням крадіжки, кримінальну відповідальність за яку з огляду на вартість викраденого законом не передбачено, вчинене належить кваліфікувати за статтею 162 КК.

8. Відповідно до статті 189 КК вимагання полягає у незаконній вимозі передати чуже майно чи право на майно або вчинити будь-які дії майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмежити права, свободи або законні інтереси цих осіб, пошкодити чи знищити їхнє майно або майно, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголосити відомості, які потерпілий чи його близькі родичі бажають збеегти в таємниці.

Погроза при вимаганні може стосуватись як самого потерпілого, так і його близьких родичів. Близькими родичами відповідно до пункту 11 статті 32 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) є батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки.

Вимагання є закінченим злочином з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з вказаними погрозами, насильством, пошкодженням чи знищенням майна незалежно від досягнення поставленої винною особою мети.

9. Небезпечне для життя чи здоров'я насильство (стаття 187, частина третя статті 189 КК) — це умисне заподіяння потерпілому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжке тілесне ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент їх вчинення. До них слід відносити, зокрема, і насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, придушення за шию, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо.

10. Застосування до потерпілого без його згоди наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин (газів) з метою заволодіння його майном потрібно розглядати як насильство і залежно від того, було воно небезпечним для життя або здоров'я чи не було, кваліфікувати такі дії за частиною другою статті 186 КК або за відповідною частиною статті 187 КК. Якщо застосування таких засобів було небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, але не призвело до заподіяння легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості чи тяжкого тілесного ушкодження, вчинене належить кваліфікувати як розбій лише за умови, що винна особа усвідомлювала можливість заподіяння будь-якого із цих наслідків.

Вказане стосується і випадків застосування наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин (газів) під час вимагання.

11. Умисне заподіяння у процесі розбою чи вимагання легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, а також середньої тяжкості тілесного ушкодження, незаконне позбавлення волі, вчинене способом, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, завдання побоїв, що мало характер мордування, охоплюються статтею 187 або 189 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК, що передбачають відповідальність за злочини проти здоров'я, не потребують.

Умисне або необережне заподіяння у процесі розбою чи вимагання тяжкого тілесного ушкодження охоплюється статтею 187 та частиною четвертою статті 189 КК і додаткової кваліфікації за статтею 121 чи за статтею 128 КК не потребує.

Якщо під час розбою чи вимагання було умисно заподіяно тяжке тілесне ушкодження, внаслідок якого сталася смерть потерпілого, або останнього було умисно вбито, дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів

— за частиною четвертою статті 187 чи статтею 189 КК і частиною другою статті 121 або пунктом 6 частини другої статті 115 КК.

Заподіяння потерпілому смерті під час розбою чи вимагання з необережності слід кваліфікувати за сукупністю злочинів — за відповідною частиною статті 187 чи 189 та статтею 119 КК.

У разі вчинення розбою бандою при кваліфікації дій членів банди судам слід керуватися роз'ясненнями, що містяться в постанові Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями».

12. Погроза застосування насильства при розбої полягає в залякуванні негайним застосуванням фізичного насильства, небезпечного для життя і здоров'я потерпілого (погроза вбити, заподіяти тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, легке тілесне ушкодження з розладом здоров'я чи незначною втратою працездатності, або вчинити певні дії, що у конкретній ситуації можуть спричинити такі наслідки), а при грабежі — насильства, що не є небезпечним для його життя чи здоров'я.

Погроза при вимаганні має місце тоді, коли винна особа, висловлюючи її в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо), бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме винній особі або не виконає її вимог, то ця погроза буде реалізована. Це стосується і випадків, коли винна особа погрожує застосуванням предметів, які завідомо для неї не можуть бути використані для реалізації погроз (зіпсована зброя, макет зброї тощо), але потерпілий сприймає ці предмети як такі, що являють собою небезпеку для життя чи здоров'я. Така погроза може стосуватись як потерпілого, так і його близьких родичів і завжди містить у собі вимогу майнового характеру щодо передачі майна в майбутньому.

Якщо винна особа при вимаганні погрожувала потерпілому позбавленням життя або заподіянням тяжкого тілесного ушкодження, то її дії за відсутності інших кваліфікуючих ознак належить кваліфікувати за частиною другою статті 189 КК.

Погроза вчинити вбивство, висловлена під час розбою чи вимагання, повністю охоплюється диспозиціями статті 187 та частини другої статті 189 КК і додаткової кваліфікації за статтею 129 КК не потребує.

При розмежуванні вимагання і грабежу чи розбою слід виходити з того, що при грабежі та розбої насильство або погроза його застосування спрямовані на заволодіння майном у момент їх застосування. При цьому погроза являє собою такі дії чи висловлювання, які виражають намір застосувати насильство негайно. Дії, що полягають у насильстві або в погрозі його застосування, спрямовані на одержання майна в майбутньому, а також вимогу передати майно, поєднану з погрозою застосувати насильство до потерпілого або його близьких родичів у майбутньому, слід кваліфікувати як вимагання.

Якщо погроза насильства або саме насильство були застосовані з метою заволодіння майном потерпілого в момент нападу, але у зв'язку з відсутністю у нього майна винна особа пред'явила вимогу передати його в майбутньому, такі

дії належить кваліфікувати залежно від характеру погроз чи насильства як розбій чи як замах на грабіж та за відповідною частиною статті 189 КК (за наявності складу злочину).

13. Під відомостями, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці, слід розуміти такі дійсні чи вигадані дані про них, їхні дії та дії, вчинені щодо них, розголошення яких із будь-яких міркувань є для них небажаним. До таких відомостей, зокрема, можуть належати дані про інтимні сторони життя, захворювання, аморальні вчинки, злочинну діяльність тощо. Погроза розголосити вказані відомості означає можливість повідомити про них будь-яким способом хоча б одній особі, якій вони не були відомі, тоді як потерпілі особи бажали зберегти їх у таємниці.

Реалізація таких погроз під час вимагання не охоплюється статтею 189 КК. Якщо самі по собі такі дії утворюють склад злочину (наприклад, передбаченого статтею 163 чи 168 КК), то вони підлягають окремій кваліфікації.

14. Погроза пошкодити чи знищити майно має місце лише тоді, коли вона стосується майна, що належить потерпілому чи його близьким родичам, або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною.

Умисне знищення або пошкодження такого майна під час вимагання повністю охоплюється частиною другою, третьою або четвертою статті 189 КК, крім випадків його знищення чи пошкодження шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом, яке за наявності до того підстав додатково кваліфікується за частиною другою статті 194 КК.

15. При розмежуванні вимагання і злочину, передбаченого статтею 206 КК (протидія законній господарській діяльності), чи злочину, передбаченого статтею 355 КК (примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань), треба виходити з того, що при вимаганні винна особа керується корисливим умислом на заволодіння не належним їй майном чи правом на таке майно або бажає вчинення на її користь дій майнового характеру.

Якщо винна особа, застосовуючи відповідні погрози чи насильство, таким умислом не керується, а має на меті примусити потерпілого припинити займатися господарською діяльністю чи обмежити її, укласти угоду або не виконувати укладеної угоди, виконання (невиконання) якої може заподіяти матеріальної шкоди або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю, вчинене потрібно розглядати як протидію законній господарській діяльності і кваліфікувати, залежно від обставин за відповідною частиною статті 206 КК.

Застосування погроз чи насильства без такого умислу з метою примусити потерпілого до виконання чи невиконання цивільно-правового зобов'язання належить кваліфікувати за відповідною частиною статті 355 КК. При цьому слід мати на увазі, що відповідальність за цією статтею може наставати лише тоді, коли особу примушують до виконання (невиконання) існуючого зобов'язання, що виникло на підставах, передбачених чинним законодавством. Предметом такого зобов'язання можуть бути гроші, майно, послуги, результати творчості тощо.

Вимога виконати (не виконати) зобов'язання, що виникло на підставах, не передбачених чинним законодавством, або неіснуюче зобов'язання, або зобов'язання з невизначеним предметом, а так само використання факту існуючого зобов'язання для заволодіння майном, правом на майно або для вчинення дій майнового характеру, які ним не передбачені, належить кваліфікувати як вимагання.

Не є вимаганням (стаття 189 КК) примушування особи до оплати (вимоги оплати) наданих їй за угодою чи домовленістю послуг, наприклад: з перевезення особи чи майна, оплати переданого особі майна чи виконаних на її користь робіт тощо. Такі дії за наявності для того підстав мають кваліфікуватись як примушування до виконання цивільно-правового зобов'язання.

16. Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання утворює склад злочину, передбаченого статтею 1881 КК, якщо такими діями завдано значної шкоди. Згідно з приміткою до цієї статті шкода визнається значною, якщо вона у сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а в великих розмірах — якщо вона у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, і визначається за методиками, встановленими компетентними органами.

Самовільним вважається використання електричної або теплової енергії без приладів обліку у випадку, коли використання таких приладів є обов'язковим, що визначається відповідними законами, правилами та договорами про користування електричною або тепловою енергією.

Умисне пошкодження приладів обліку передбачає приведення таких приладів у стан, який виключає їх повноцінне використання за цільовим призначенням і забезпечує не контрольоване такими приладами (без обліку чи з неповним обліком) використання (споживання) електричної чи теплової енергії (наприклад, розбирання окремих елементів приладів обліку, руйнування їх окремих частин тощо).

Іншими способами викрадення електричної або теплової енергії є самовільне підключення до електричної чи теплової мережі, у результаті якого енергія споживається без укладення договору про її споживання, або підключення з порушенням встановлених правил користування енергією; втручання в роботу технічних засобів передачі та розподілу енергії тощо.

17. Відповідно до статті 190 КК шахрайство – це заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою.

Обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) чи зловживання довірою (недобросовісне використання довіри потерпілого) при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього. Обов'язковою ознакою шахрайства є добровільна передача потерпілим майна чи права на нього.

Слід мати на увазі, що коли потерпіла особа через вік, фізичні чи психічні вади або інші обставини не могла правильно оцінювати і розуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними, передачу нею майна чи права на нього не можна вважати добровільною.

Якщо особа заволодіває чужим майном, свідомо скориставшись чужою помилкою, виникненню якої вона не сприяла, та за відсутності змови з особою, яка ввела потерпілого в оману, вчинене не може розглядатись як шахрайство. За певних обставин (наприклад, коли майно має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність) такі дії можуть бути кваліфіковані за статтею 193 КК.

Якщо обман або зловживання довірою були лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувалося таємно чи відкрито, то склад шахрайства відсутній. Такі дії слід кваліфікувати відповідно як крадіжку, грабіж або розбій.

18. Отримання майна з умовою виконання якого-небудь зобов'язання може бути кваліфіковане як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала на меті його привласнити, не виконуючи зобов'язання. Зокрема, якщо винна особа отримує від іншої особи гроші чи цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене належить кваліфікувати як шахрайство.

Якщо при цьому винна особа схилила певну особу до замаху на давання хабара, її дії слід кваліфікувати також за відповідною частиною статті 15 та відповідною частиною статті 369 КК з посиланням на частину четверту статті 27 КК.

19. Якщо обман чи зловживання довірою при шахрайстві полягають у вчиненні іншого злочину, дії винної особи належить кваліфікувати за відповідною частиною статті 190 КК і статтею, що передбачає відповідальність за цей злочин. Зокрема, самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи, викрадення, привласнення, пошкодження та підроблення документів, штампів і печаток з метою подальшого їх використання при шахрайстві, використання при шахрайстві завідомо підробленого документа, а також зловживання владою чи службовим становищем потребують додаткової кваліфікації відповідно за статтями 353, 357, 358 та 364 КК.

Окремої кваліфікації за статтею 290 КК при шахрайстві потребують також дії винної особи, яка знищила, підробила або замінила номери вузлів та агрегатів транспортного засобу.

Разом із тим, шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки, має кваліфікуватися за частиною третьою статті 190 КК і додакової кваліфікації не потребує.

20. Відповідно до пункту 1 примітки до статті 185 КК повторним у статтях 185, 186 та 189–191 КК визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262 КК. За змістом частини другої статті 187 КК розбій вважається повторним, якщо його вчинено особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм.

Відповідно до частини другої статті 1881 КК викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання слід кваліфікувати за ознакою повторного вчинення лише тоді, коли воно було вчинене після такого самого злочину.

Ознака повторності відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності або якщо судимість за раніше вчинений злочин було погашено чи знято в установленому законом порядку, або якщо на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення особи до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин.

У разі вчинення декількох посягань на власність перший злочин за відсутності інших кваліфікуючих ознак належить кваліфікувати за частиною першою відповідної статті, а інші як вчинені повторно — за іншими частинами відповідних статей КК.

Неодноразове незаконне вилучення чужого майна чи заволодіння ним, що складається із тотожних діянь, які мають загальну мету та із самого початку охоплюються єдиним злочинним наміром на заволодіння конкретним майном, слід розглядати як один продовжуваний злочин.

21. У разі вчинення винною особою декількох злочинів проти власності, одні з яких були закінченими, а інші — ні, незакінчені злочини мають бути кваліфіковані окремо з посиланням на частину першу статті 14 КК або відповідну частину статті 15 КК.

Якщо винна особа при вчиненні одних злочинів була виконавцем, а інших – рганізатором, підбурювачем чи пособником, то такі злочини слід також кваліфікувати окремо з посиланням на відповідну частину статті 27 КК.

22. Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи такої кваліфікуючої ознаки, як проникнення в житло, інше приміщення чи сховище, суди повинні мати на увазі таке.

Під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище слід розуміти незаконне вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища.

Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи названої кваліфікуючої ознаки суди повинні з’ясовувати, з якою метою особа опинилась у житлі, іншому приміщенні чи сховищі та коли саме в неї виник умисел на заволодіння майном. Викрадення майна не можна розглядати за ознакою проникнення в житло або інше приміщення чи сховище, якщо умисел на викрадення майна у особи виник під час перебування в цьому приміщенні.

Якщо дії, розпочаті як крадіжка, поєднана з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, переросли в грабіж чи розбій, вчинене слід кваліфікувати відповідно за частиною третьою статті 186 КК або частиною третьою статті 187 КК.

Під житлом потрібно розуміти приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом (гараж, сарай тощо).

Поняття «інше приміщення» включає різноманітні постійні, тимчасові, стаціонарні або пересувні будівлі чи споруди, призначені для розміщення людей або матеріальних цінностей (виробниче або службове приміщення підприємства, установи чи організації, гараж, інша будівля господарського призначення, відокремлена від житлових будівель, тощо).

Під сховищем слід розуміти певне місце чи територію, відведені для постійного чи тимчасового зберігання матеріальних цінностей, які мають засоби охорони від доступу до них сторонніх осіб (огорожа, наявність охоронця, сигналізація тощо), а також залізничні цистерни, контейнери, рефрижератори, подібні сховища тощо.

Не може визнаватися сховищем неогороджена і така, що не охороняється, площа або територія, на яку вхід сторонніх осіб є вільним, а також та, що була відведена та використовується для вирощування продукції чи випасу тварин (сад, город, ставок, поле тощо).

23. У статті 191 КК передбачено відповідальність за три форми вчинення злочину — привласнення, розтрату або заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем. Вони характеризуються умисним протиправним і безоплатним оберненням чужого майна на свою користь чи на користь іншої особи.

Предметом привласнення та розтрати є лише те чуже майно, яке було ввірене винній особі чи перебувало в її законному віданні, тобто таке майно, що знаходилося в неї на законних підставах і стосовно якого вона здійснювала повноваження щодо розпорядження, управління, доставки використання або зберігання тощо. При привласненні ці повноваження використовуються для обернення винною особою майна на свою користь, а при розтраті — на користь інших осіб, зокрема це може бути відчуження майна іншим особам для споживання, як подарунок чи товар, в обмін на інше майно тощо.

Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем полягає в незаконному оберненні чужого майна на свою користь або на користь інших осіб з використанням службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби.

Суб'єктом привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службової особи своїм службовим становищем (частина друга статті 191 КК) може бути лише службова особа. Вирішуючи питання, чи є та або інша особа службовою, належить керуватися правилами, викладеними в пунктах 1 і 2 примітки до статті 364 КК.

24. Злочин визначається вчиненим за попередньою змовою групою осіб у разі його вчинення декількома (двома і більше) суб'єктами цього злочину, які заздалегідь домовилися про його спільне вчинення. Учасники вчинення злочину групою осіб діють узгоджено, зі спільним умислом, і кожен із них

безпосередньо виконує діяння, що повністю чи частково утворює об'єктивну сторону складу злочину. При цьому можливий розподіл функцій, за якого кожен співучасник виконує певну роль у вчиненні злочину.

Відповідно до статті 26 КК співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Тому в разі, коли із групи осіб, які вчинили злочин, лише одна особа є суб'єктом злочину, а решта осіб унаслідок неосудності або у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, чи з інших підстав не можуть бути суб'єктами злочину, дії винної особи, яка за таких обставин притягується до кримінальної відповідальності, не можна розглядати як вчинення злочину групою осіб.

Якщо група осіб за попередньою змовою мала намір вчинити крадіжку чи грабіж, а один з її учасників застосував або погрожував застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я потерпілого, то дії цього учасника належить кваліфікувати як розбій, а дії інших осіб — відповідно як крадіжку чи грабіж за умови, що вони безпосередньо не сприяли застосуванню насильства або не скористалися ним для заволодіння майном потерпілого.

Дії особи, яка безпосередньо не брала участі у вчиненні злочину, але порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину або предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню злочину, належить кваліфікувати як співучасть у скоєному у формі пособництва з посиланням на частину п'яту статті 27 КК.

25. Розмір майна, яким заволоділа винна особа в результаті вчинення відповідного злочину, визначається лише вартістю цього майна, яка виражається у грошовій оцінці. Вартість викраденого майна визначається за роздрібними (закупівельними) цінами, що існували на момент вчинення злочину, а розмір відшкодування завданих злочином збитків — за відповідними цінами на час вирішення справи в суді. За відсутності зазначених цін на майно його вартість може бути визначено шляхом проведення відповідної експертизи.

Злочинне викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення, розтрати або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (статті 185, 190 та 191 КК) слід відрізняти від такого адміністративного правопорушення, як дрібне викрадення чужого майна (стаття 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення).

26. Відповідно до частини першої статті 194 КК кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження чужого майна настає в разі, якщо такими діями заподіяно шкоду у великих розмірах.

При цьому слід мати на увазі, що для кваліфікації дій винної особи за частиною другою статті 194 КК зазначені в ній способи повинні мати загальнонебезпечний характер. Тому умисне знищення або пошкодження чужого майна, яке не мало такого характеру, не може розглядатись як кваліфікуюча ознака цього злочину.

27. Вирішуючи питання про наявність чи відсутність у діях винної особи таких кваліфікуючих ознак, як завдання злочином проти власності значної шкоди потерпілому, вчинення таких злочинів у великих чи особливо великих розмірах, суди мають керуватися відповідними положеннями примітки до статті 185 КК.

Відповідно до пункту 2 примітки до статті 185 КК у статтях 185, 186, 189 та 190 КК значна шкода визначається за обов'язкової сукупності двох умов: врахування матеріального становища потерпілого та розміру заподіяних йому збитків. Під час з'ясування матеріального становища потерпілого суди мають у кожному конкретному випадку брати до уваги такі обставини, як соціальний стан потерпілого, його працездатність, розмір заробітної плати та інші доходи, кількість членів сім'ї, наявність на його утриманні малолітніх, хворих, непрацездатних тощо. При цьому слід мати на увазі, що значною шкодою визнається така, якою потерпілому спричинені збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У великих розмірах згідно з пунктом 3 примітки до статті 185 КК у статтях 185–191 та 194 КК визнається злочин, вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

Згідно з пунктом 4 примітки до статті 185 КК у статтях 185–187 та 189–191 та 194 КК вчиненим в особливо великих розмірах визнається злочин, вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

Вчинення особою декількох посягань на чуже майно, загальна вартість якого становить великий або особливо великий розмір, може бути кваліфіковано як викрадення, привласнення, розтрата майна чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем у великих чи особливо великих розмірах лише в тому випадку, якщо такі діяння були вчинені одним способом і за обставин, які свідчать про умисел вчинити їх у великому чи особливо великому розмірі. Викладене також стосується вчинення за таких обставин вимагання, що заподіяло майнову шкоду у великих або особливо великих розмірах. У випадках, коли умисел винного щодо розміру мав неконкретизований характер, вчинене слід кваліфікувати залежно від розміру фактично викраденого майна.

При вирішенні питання про кваліфікацію злочинів проти власності судам слід ураховувати також роз'яснення, що містяться в постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 травня 2004 року № 9 «Про деякі питання застосування судами України адміністративного та кримінального законодавства у зв'язку з набранням чинності Законом України від 22 травня 2003 року «Про податок з доходів фізичних осіб».

28. Судам необхідно виконувати вимоги пункту 1 частини першої статті 81 КПК про конфіскацію належних винним особам знарядь злочину.

Знаряддями злочину у справах про злочини проти власності слід вважати предмети чи технічні засоби, які умисно використовувалися особою чи особами, у співучасті з якими було вчинено такий злочин. Зокрема, транспортні

засоби можуть бути визнані знаряддям злочину не лише тоді, коли вони використовувалися для безпосереднього заволодіння чужим майном, а й тоді, коли без їх використання вчинення злочину було неможливим чи надто складним (транспортування членів злочинної групи до місця вчинення злочину, перевезення викраденого майна з місця вчинення злочину тощо).

Рішення про конфіскацію таких речових доказів суд може прийняти лише за умови, що вони визнані знаряддями злочину та належать винній особі.

29. Суди мають звернути увагу на необхідність точного й неухильного виконання вимог закону щодо відшкодування потерпілим матеріальних збитків, заподіяних злочинами проти власності.

Цивільний позов може бути пред'явлено як під час дізнання та досудового слідства, так і під час судового розгляду справи, але до початку судового слідства.

Відповідно до частин першої та другої статті 49 КПК особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, набуває передбачених законом прав учасника процесу лише після визнання її потерпілим. Визнання особи потерпілим у справі або відмова в цьому мають бути процесуально оформлені постановою органу дізнання, слідчого, прокурора, судді або ухвалою суду. Якщо під час досудового слідства потерпілий не заявив цивільного позову, суд повинен роз'яснити йому право зробити це в судовому засіданні, але до початку судового слідства.

30. Апеляційним судам необхідно періодично вивчати судову практику у справах про злочини проти власності та вживати заходів щодо усунення виявлених помилок.

31. Визнати такими, що втратили чинність, постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 вересня 1981 року № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про розкрадання державного та колективного майна» (із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму від 23 грудня 1983 року № 8, від 4 червня 1993 року № 3, від 13 січня 1995 року № 3 та від 3 грудня 1997 року № 12) та від 25 грудня 1992 року № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» (із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму від 4 червня 1993 року № 3, від 13 січня 1995 року № 3 та від 3 грудня 1997 року № 12).

Голова
Верховного Суду України В. В. Онопенко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України Ю. Л. Сенін

Практика розгляду судами справ про злочини проти власності[1]

(Витяг)

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватись і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Суб'єктами права власності є фізичні особи (громадяни України, іноземці, особи без громадянства), юридичні особи (господарські товариства, професійні спілки, громадські, релігійні об'єднання тощо), держава. Їх рівність перед законом і забезпечення захисту їхніх прав державою закріплено у ст. 13 Конституції.

Право власності в Україні охороняється законом. Зокрема, у розд. VI Кримінального кодексу України (далі — КК) встановлено, які саме суспільно небезпечні діяння проти власності є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили.

Злочини проти власності становлять одну із найпоширеніших груп злочинних дій. Так, у 2007 р. їх кількість складала 46,7 % від загальної кількості вчинених злочинів.

Родовим об'єктом злочинів, передбачених розд. VI Особливої частини КК, є право власності, зміст якого становлять володіння, користування і розпорядження своїм майном. Об'єктами злочинів, які вчиняються з використанням насильства або погрозою його застосування (насильницький грабіж, розбій, вимагання, погроза знищення майна), є також життя, здоров'я, психічна або фізична недоторканність людини.

Предметом злочинів проти власності є, як правило, майно, яке має вартість, ціну і перебуває у чужій для винної особи власності. Предметом таких злочинів також можуть бути гроші, цінні папери, документи, які є еквівалентом вартості, та документи, які засвідчують право певної особи на майно.

Пленум Верховного Суду України у постанові від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» (зі змінами та доповненнями, внесеними у 1993, 1995 та 1997 роках; далі — постанова Пленуму від 25 грудня 1992 р. № 12) надав судам роз'яснення з питань застосування законодавства при розгляді справ цієї категорії. Але із введенням у дію в 2001 р. нового КК у законодавство про відповідальність за злочини проти власності були внесені зміни, у зв'язку з чим виникла необхідність внесення відповідних доповнень у постанову Пленуму від 25 грудня 1992 р. № 12. З метою подальшого удосконалення практики застосування судами законодавства про відповідальність за злочини проти власності Верховний Суд України вивчив судову практику розгляду справ цієї категорії.

---

[1] Узагальнення підготовлено до друку суддею Верховного Суду України С. М. Міщенком і головним консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України В. В. Антощуком.

Розгляд судами справ про злочини проти власності

У ст. 185 КК («Крадіжка») передбачено відповідальність за таємне викрадення чужого майна. Таємним вважається викрадення, коли воно вчинюється за відсутності особи, у власності чи під охороною якої знаходилося майно, що викрадається, або у присутності такої особи непомітно для неї, а також у присутності сторонніх осіб, які не усвідомлюють факту викрадення майна і не можуть дати йому належної оцінки (психічно хворі, малолітні). Викрадення є таємним і в тому разі, коли воно вчиняється у присутності особи, якій доручено майно, але вона перебуває в такому стані, який виключає можливість усвідомлювати значення того, що відбувається (сон, непритомність, сильне сп'яніння тощо). Суди допускали помилки у кваліфікації викрадення при так званому змішаному способі вчинення злочину, коли воно було розпочато таємно, а продовжено відкритим способом.

Так, Ізяславський районний суд Хмельницької області вироком від 29 березня 2006 р. визнав винним П. за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК та призначив йому відповідне покарання. З метою викрадення чужого майна П. проник до вчительської кімнати, де намагався таємно викрасти чуже майно, однак його дії були помічені прибиральницею, яка намагалася затримати зловмисника. Останній, усвідомлюючи викриття своїх дій, залишив викрадене майно й утік. Суд такі дії П. кваліфікував за ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК як замах на відкрите викрадення чужого майна, обґрунтовуючи це тим, що його дії, розпочаті як таємне викрадення, перейшли у відкрите.

Апеляційний суд Хмельницької області згідно з ухвалою від 29 березня 2006 р. змінив вирок районного суду та перекваліфікував дії П. з ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК на ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 185 КК. У цьому випадку суд, кваліфікуючи зазначені дії, допустив помилку, оскільки П. не намагався втекти з викраденим майном, хоча й мав таку можливість, що свідчить про відсутність у нього наміру утримувати викрадене.

Таємним також є викрадення в присутності осіб, які усвідомлюють, що вчиняється крадіжка, але суб'єкт знає, що ці особи не будуть йому перешкоджати, а також коли дії особи фактично помічені іншою особою, але суб'єкт цього не усвідомлює і вважає дії таємними. Разом з тим суди помилково кваліфікували як грабіж за ст. 186 КК дії винних осіб, які, вважаючи свої дії таємними, вчиняли викрадення чужого майна, не усвідомлюючи, що їхні дії помічені іншими особами.

Наприклад, Хмельницький міськрайонний суд Хмельницької області вироком від 12 липня 2006 р. визнав винним Б. за ч. 3 ст. 186 КК. Згідно з вироком Б., діючи повторно, шляхом вільного доступу проник у приміщення літнього кафе, де, скориставшись неуважністю його співробітників, таємно викрав програвач міні-дисків вартістю 1 тис. 700 грн. Після того як Б. залишив приміщення, адміністратор кафе, помітивши, як він із викраденим майном сідав у тролейбус, намагався його затримати, але не встиг цього зробити, оскільки тролейбус поїхав.

Апеляційний суд Хмельницької області згідно з ухвалою від 24 жовтня 2000 р. змінив вирок міськрайонного суду та перекваліфікував дії Б. на ч. 2

ст.185 КК. Такі дії міськрайонний суд помилково кваліфікував як відкрите викрадення чужого майна за ст. 186 КК, пославшись на те, що Б. таємно викрав майно, але коли був помічений, то втік із викраденим. Але в матеріалах справи відсутні відомості про те, що Б. усвідомлював виявлення його дій та з метою утримання майна втікав від переслідування.

Щоб розрізнити крадіжку від грабежу необхідно брати до уваги умисел винної особи і дані про те, чи усвідомлювали потерпілий або інші особи характер вчинюваних винним дій.

Грабіж (ст. 186 КК) — це відкрите викрадення чужого майна у присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винного, а він, у свою чергу, усвідомлює, що його дії помічені, та оцінюються як викрадення.

Підвищена суспільна небезпека грабежу порівняно з крадіжкою зумовлюється тим, що грабіжник не приховує свого наміру протиправно заволодіти майном, діє відкрито для сторонніх осіб, ігноруючи волю потерпілого чи осіб, у володінні чи під охороною яких перебуває майно.

Частина 2 ст. 186 КК передбачає відповідальність за грабіж, поєднаний із насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства. Відповідно до п. 9 постанови Пленуму від 25 грудня 1992 р. № 12 насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, слід розуміти заподіяння легкого тілесного ушкодження, що не призвело до короткочасного розладу здоров'я або короткочасної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (нанесення ударів, побоїв, обмеження чи незаконне позбавлення волі за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння). Такі насильницькі дії, вчинені в процесі грабежу, повністю охоплюються ч. 2 ст. 186 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребують. Однак, трапляються випадки, коли суди у разі заподіяння в процесі грабежу вказаних тілесних ушкоджень помилково кваліфікували дії винних осіб за сукупністю злочинів.

Так, Носівський районний суд Чернігівської області вироком від 14 квітня 2006 р. засудив Г.О. і Я. за ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 296 КК та призначив їм відповідне покарання. Із матеріалів справи очевидно, що винні, перебуваючи у квартирі, де знаходились потерпілі Г.В. і С., стали нецензурно висловлюватися та завдавати їм удари, після чого відкрито заволоділи майном потерпілих. Внаслідок насильницьких дій потерпілим було заподіяно тілесні ушкодження, які відповідно до висновку судово-медичної експертизи належать до категорії легких тілесних ушкоджень, що не призвели до розладу здоров'я. Вважаємо, що у цьому випадку дії винних осіб не потребували додаткової кваліфікації за ст. 296 КК, оскільки зловмисники завдавали тілесні ушкодження з метою подолання волі та можливого опору потерпілих і подальшого заволодіння їхнім майном, а диспозиєю ч. 2 ст. 186 КК охоплюється заподіяння тілесних ушкоджень у визначених межах.

Погроза застосування насильства, яке не становить небезпеки для життя чи здоров'я потерпілого, є психічним насильством, яке полягає у залякуванні

потерпілого негайним застосуванням до нього фізичного насильства. Погрозу насильством як ознаку об'єктивної сторони у ст. 186 КК поставлено в один ряд із застосуванням насильства. Отже, ця погроза рівнозначна фізичному насильству і має бути безпосередньою та сприйматися потерпілою особою як така, що має негайно бути виконана. Оскільки характер погрози має суттєве значення для кваліфікації дій винного, з'ясування його в таких випадках є обов'язковим. Проте судді у вироках не завжди мотивують, в яких саме діях обвинувачених виражалася погроза застосування насильства, та не наводять на підтвердження доказів щодо реальності сприйняття потерпілими таких погроз.

Так, Ленінський районний суд м. Вінниці вироком від 21 грудня 2006 р. визнав М. винним за ч. 2 ст. 186 КК та призначив йому відповідне покарання. М., погрожуючи спричинити тілесні ушкодження потерпілому Д., відкрито викрав у нього годинник. Проте суд у вироку не зазначив, в яких саме діях М. виражалася погроза застосування насильства до потерпілого, та не навів доказів на підтвердження реальності сприйняття погрози потерпілим.

Розбій (ст. 187 КК) є найнебезпечнішим серед зазначеної категорії злочинів. Це зумовлено тим, що обов'язковим додатковим об'єктом його виступають життя чи здоров'я потерпілого. Розбій вчиняється у формі нападу з метою заволодіння чужим майном, поєднаного із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства.

Розбій необхідно розрізняти від насильницького грабежу. Основними ознаками, за якими розрізняються ці злочини, є: 1) спосіб посягання (грабіж — це завжди відкрите посягання, а розбій може вчинюватись як відкрито, так і таємно); 2) характер фізичного і психічного насильства (під час грабежу для досягнення своєї мети винний застосовує насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрозу такого насильства, під час розбою — насильство, небезпечне для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або погрозу таким насильством); 3) момент закінчення злочину (грабіж є злочином із матеріальним складом і вважається закінченим із моменту, коли винна особа вилучила майно і має реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним, тоді як розбій вважається закінченим з моменту нападу, незалежно від того, чи заволоділа винна особа чужим майном).

Наприклад, Ялтинський міський суд Автономної Республіки Крим вироком від 23 листопада 2006 р. визнав винним С. за ч. 2 ст. 187 КК і призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на сім років із конфіскацією майна. З метою заволодіння мобільним телефоном С. за попередньою змовою із невстановленою особою, застосовуючи насильство, небезпечне для життя та здоров'я, вчинив напад на потерпілого К. Однак телефоном зловмисники не заволоділи з незалежних від їх волі причин, оскільки їхні дії були помічені сторонніми особами, після чого невстановленій особі вдалося втекти, а С. було затримано на місці вчинення злочину.

Застосування до потерпілого з метою вилучення у нього майна наркотичних, психотропних речовин без його згоди, що призвело його до стану

несвідомості та становило небезпеку для його життя чи здоров'я (що усвідомлював винний), повинно кваліфікуватись як розбій.

Психічне насильство при розбої полягає у погрозі негайно застосувати фізичне насильство, небезпечне для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу (погроза вбити, заподіяти тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, легке тілесне ушкодження з розладом здоров'я або втратою працездатності). Погроза вчинити вбивство, заявлена під час розбою з метою подолання опору потерпілої особи охоплюється диспозицією ст. 187 КК і не потребує додаткової кваліфікації за ст. 129 КК. При цьому погроза повинна мати реальний характер і сприйматися потерпілим як така, що може бути негайно реалізована.

Стаття 188^1 КК передбачає відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії. Способами такого викрадення можуть бути: 1) самовільне використання енергії без приладів обліку (якщо використання приладів обліку обов'язкове); 2) пошкодження приладів обліку; 3) будь-який інший спосіб.

Самовільне використання електричної або теплової енергії без приладів обліку має місце тоді, коли винний використовує енергію без відповідних приладів обліку, тоді як їх використання обов'язкове. Обов'язковість використання приладів обліку визначається правилами користування електричною і тепловою енергією та укладеним на їх підставі договором про користування такою енергією.

Умисне пошкодження приладів обліку передбачає приведення цих приладів у стан, який робить неможливим їх використання за цільовим призначенням і забезпечує неконтрольоване (без обліку чи з неповним обліком) використання електричної або теплової енергії. Наприклад, розбирання окремих елементів приладів обліку, руйнування їх окремих частин, виведення з ладу тощо.

Іншим способом викрадення електричної або теплової енергії слід вважати, наприклад: самовільне підключення до електричної чи теплової мережі, у результаті якого енергія споживається без укладення договору про її споживання або підключення з порушенням установлених правил користування енергією; втручання в роботу технічних засобів передачі та розподілу енергії.

Згідно з приміткою до ст. 188^1 КК, шкода визнається значною, якщо вона в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Викрадення електричної або теплової енергії слід визнавати таким, що завдало шкоду у великих розмірах, якщо така шкода у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Вимагання (ст. 189 КК) полягає у незаконній вимозі передати чуже майно чи право на майно, або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони вимагання є спосіб його вчинення — погроза заподіяння шкоди потерпілому або його близьким родичам, зміст якої може бути різним. Це не тільки погроза насильством, а й обмеженням прав, свобод або законних інтересів зазначених осіб, їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною (наприклад, спалити гараж), або розголошенням відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці (наприклад, оголосити дані про усиновлення потерпілим дитини, про наявність захворювання, про інтимне життя тощо). Ці відомості можуть бути правдивими або вигаданими, ганебними чи ні, важливо лише, щоб потерпілий або його близькі родичі бажали зберегти їх у таємниці.

Погроза вчинити вбивство, висловлена в процесі вимагання, повністю охоплюється ч. 2 ст. 189 КК і додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує.

Погроза насильством при вимаганні полягає у погрозі негайно або в майбутньому застосувати насильство до потерпілого або близьких йому родичів. Така погроза має сприйматися потерпілою особою як дійсна та розцінюватися як реальна небезпека для її життя чи здоров'я або близьких їй родичів. Визнаючи реальність погрози, необхідно виходити із суб'єктивного ставлення до неї винного і суб'єктивного сприйняття її потерпілим. Не завжди у вироках міститься підтвердження реальності сприйняття погрози потерпілими особами.

Зазначене діяння може виявлятися лише в активній поведінці — у незаконній вимозі чужого майна, права на майно, вчиненні будь-яких дій майнового характеру, на які винний не має права. Цією ознакою вимагання відрізняється від складу примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК), які за своїм змістом є законними (наприклад, вимога віддати борг, пов'язана з погрозою застосувати насильство до особи, яка дійсно є боржником). У деяких випадках суди не повною мірою досліджують обставини справи, що призводить до неправильної кваліфікації дій винних осіб.

Наприклад, Ужгородський міськрайонний суд Закарпатської області вироком від 26 листопада 2006 р. визнав винними М.І. та М.А. за ч. 2 ст. 189 КК і призначив їм покарання у виді позбавлення волі строком на три роки. Засуджених було визнано винними в тому, що вони за попередньою змовою, погрожуючи вбивством потерпілому Т., вимагали у нього 2 тис. 500 грн. Проте, як видно з матеріалів справи, напередодні потерпілий викрав у М.І. зазначену суму грошей, яку останній разом зі своїм братом вимагали повернути. Однак суд цю обставину залишив без уваги, хоча матеріали справи свідчать про самоправні дії М.І. та його брата.

Для розрізнення вимагання від грабежу чи розбою, необхідно виходити з того, що під час грабежу і розбою насильство або погроза його застосування спрямовані на заволодіння майном у момент їх застосування. При цьому погроза — це такі дії чи висловлювання, які виражають намір застосувати фізичне насильство негайно. Дії, що полягають у насильстві або в погрозі його застосування, спрямовані на одержання майна в майбутньому, а також вимогу передати майно, поєднану з погрозою застосувати насильство до потерпілого

або до близьких йому осіб у майбутньому, належить кваліфікувати як вимагання.

Якщо погроза насильством або саме насильство були застосовані з метою заволодіння майном потерпілого в момент нападу, але у зв'язку з відсутністю у нього майна вимога про передачу останнього винною особою була перенесена на майбутнє, дії такої особи слід кваліфікувати залежно від характеру погроз чи насильства як розбій або як замах на грабіж і за відповідною частиною ст. 189 КК (якщо подальші дії являли собою вимагання).

Предметом шахрайства (ст. 190 КК) може бути як чуже майно, так і право на нього. Особливістю шахрайства є те, що винний заволодіває чужим майном, спонукаючи самого потерпілого шляхом обману чи зловживання довірою до передачі йому чи уступки права на майно.

Обман як спосіб шахрайства — це повідомлення неправдивих відомостей або замовчування відомостей, які мають бути повідомлені, з метою заволодіння чужим майном або для придбання права на майно. Зловживання довірою полягає у недобросовісному використанні довіри з боку потерпілого: для заволодіння чужим майном чи правом на нього винний використовує особливі довірливі відносини, які склалися між ним та власником чи володільцем майна.

Добровільна передача потерпілим майна чи права на нього є обов'язковою ознакою шахрайства, хоча ця добровільність, по суті, фіктивна, оскільки такі дії власника майна чи майнових прав зумовлені введенням його в оману чи невиправданою довірливістю. Якщо обман або зловживання довірою були лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувалося таємно чи відкрито, то склад шахрайства відсутній. Такі дії слід кваліфікувати відповідно як крадіжку або грабіж.

Заволодіння майном громадян шляхом зловживання довірою має кваліфікуватися не як грабіж, а як шахрайство.

Так, Шосткинський міськрайонний суд Сумської області визнав винним Ш. за ч. 2 ст. 186 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на чотири роки. З матеріалів справи вбачається, що Ш. попросив у потерпілої Б. зателефонувати з її мобільного телефону, а отримавши телефон, з ним утік. Дії засудженого суд кваліфікував за ч. 2 ст. 186 КК як відкрите викрадення чужого майна, вчинене повторно. Але Апеляційний суд Сумської області ухвалою від 16 лютого 2006 р. вирок міськрайонного суду змінив, перекваліфікувавши дії Ш. з ч. 2 ст. 186 КК на ч. 2 ст. 190 КК, посилаючись на те, що потерпіла добровільно передала свій телефон Ш., який скористався її довірою.

Стаття 191 КК передбачає відповідальність за три форми вчинення злочину — привласнення, розтрату та заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем. Їх загальною ознакою є повноваження винного щодо майна, яким він заволодіває. Особа в цих випадках не є сторонньою для майна: воно їй ввірене, перебуває в її віданні або особа внаслідок службового становища має певні повноваження щодо нього.

Привласнення характеризується незаконним утриманням (заволодінням) винним на свою користь чужого майна, яке було йому ввірене чи перебувало у його віданні. Розтрата чужого майна, яке було ввірене винному або перебувало в його віданні, характеризується його протиправним витрачанням (продажем, даруванням, споживанням тощо). Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем полягає у незаконному оберненні чужого майна на свою користь або користь інших осіб з використанням службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби.

Згідно з приміткою до ст. 364 КК службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

Інколи суди неправильно визначали правовий статус винних осіб, внаслідок чого допускали помилки при кваліфікації їхніх дій.

Так, Ківерцівський районний суд Волинської області визнав винним К. за ч. 2 ст. 191 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи очевидно, що К. як службова особа працював майстром у Ківерцівському лісництві та, зловживаючи службовим становищем, надав іншим особам дозвіл на вирубку лісу у вверєному йому лісовому масиві. В результаті таких дій лісовому господарству завдано збитків на суму 11 тис. 514 грн. Відповідно до посадової інструкції майстра Ківерцівського лісництва зазначена посадова особа зобов'язана організовувати виконання всіх робіт на закріпленій за нею ділянці. Проте Апеляційний суд Волинської області помилково дійшов висновку, що К. не є службовою особою, і як наслідок — неправильно перекваліфікував його дії із ч. 2 на ч. 1 ст. 191 КК. Тому Верховний Суд України згідно з ухвалою від 26 липня 2007 р. скасував рішення апеляційного суду та направив справу на новий розгляд.

До ознак, залежно від наявності яких виділяються кваліфіковані та особливо кваліфіковані види корисливих злочинів проти власності, закон відносить вчинення таких діянь: 1) повторно; 2) за попередньою змовою групою осіб; 3) організованою групою; 4) у великих розмірах; 5) особливо великих розмірах; 6) із заподіянням значної шкоди потерпілому. До обставин, що обтяжують крадіжку, грабіж і розбій, віднесено також вчинення цих злочинів із проникненням у житло, інше приміщення чи сховище.

Згідно з приміткою 1 до ст. 185 КК крадіжка, грабіж, вимагання, шахрайство, привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем визнаються вчиненими повторно, якщо вони вчинені особою, яка раніше вчинила будь-який із цих злочинів, розбій (ст. 187) чи викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем (ст. 262 КК).

Повторність крадіжки згідно з приміткою 1 до ст. 185 КК має місце як тоді, коли крадіжка повторно вчинена після крадіжки, так і тоді, коли вона вчинена після вчинення злочинів, передбачених статтями 186, 189 — 191 КК або статтями 187, 262 КК.

Повторність виключається, якщо: на момент вчинення нового злочину минули строки давності притягнення до відповідальності за раніше вчинений злочин; судимість за раніше вчинений злочин знята з винного в порядку амністії чи помилування, погашена чи знята згідно зі статтями 88—91 КК; винна особа, хоча раніше і вчинювала діяння, що містять ознаки злочинів, передбачених у примітці 1 до ст. 185 КК, була звільнена від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом.

У судовій практиці трапляються помилки при застосуванні законодавства про погашення та зняття судимості.

Наприклад, Ковельський міськрайонний суд Волинської області вироком від 6 жовтня 2006 р. визнав винним Ф. за ч. 2 ст. 186 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на чотири роки шість місяців. За вироком суду Ф. визнано винним у тому, що він, діючи повторно, відкрито викрав у потерпілого Б. належний тому велосипед. Із матеріалів справи вбачається, що суд кваліфікував дії Ф. за ознакою повторності, оскільки він у 1996 р. був засуджений за ст. 140 КК (у редакції 1960 р.). Разом з тим суд не врахував, що Ф. засуджувався за злочин, який ним було вчинено у неповнолітньому віці. Тому відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 108 КК, п. 11 розд. 2 «Прикінцевих та перехідних положень» КК попередня судимість на час вчинення останнього злочину вже погашена. За таких обставин Апеляційний суд Волинської області згідно з ухвалою від 12 грудня 2006 р. дійшов висновку про відсутність у діях Ф. ознаки повторності та перекваліфікував його дії за ч. 1 ст. 186 КК, призначивши йому відповідне покарання.

Певну особливість мають ознаки вчинення розбою особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм (ч. 2 ст. 187 КК) та викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ч. 2 ст. 1881 КК). Виходячи з ч. 2 ст. 187 КК повторність розбою має місце лише в тих випадках, коли йому передували тільки розбій або бандитизм. Відповідно до ст. 188^1 КК викрадення електричної або теплової енергії слід кваліфікувати за ознакою повторного вчинення лише тоді, коли йому передувало вчинення такого самого злочину. Для визначення будь-якого із зазначених злочинів повторним не має значення, чи був перший злочин закінченим, вчинювався він особою як виконавцем чи як іншим співучасником, був винний засуджений за його вчинення чи притягується до кримінальної відповідальності одночасно за попередній і новий злочини. Повторність виключається, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності або судимість була знята чи погашена.

Повторне викрадення майна або протиправне заволодіння ним у інший спосіб слід розрізняти від продовжуваного викрадення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства тощо. Відповідно до вимог ч. 2 ст. 32 КК повторність

відсутня, коли особа вчиняє два або більше тотожних викрадень майна, об'єднаних єдиним злочинним наміром.

Інколи суди помилково кваліфікували за ознакою повторності дії винних осіб, що складалися із ряду тотожних дій (які здійснювалися одним способом) та з самого початку охоплювалися єдиним наміром і мали загальну мету незаконного вилучення майна або заволодіння ним.

Так, Першотравневий районний суд м. Чернівців визнав винним К. за ч. 3 ст. 191 КК та призначив йому відповідне покарання. Із матеріалів справи вбачається, що К., працюючи продавцем магазину, протягом трьох місяців незаконно привласнював ввірені йому грошові кошти, шляхом їх вилучення — на загальну суму 5 тис. 600 грн. Такі дії К. районний суд кваліфікував за ознакою повторності. Але Апеляційний суд Чернівецької області згідно з ухвалою від 30 травня 2006 р. зазначений вирок змінив, перекваліфікувавши дії К. з ч. 3 ст. 191 КК на ч. 1 ст. 191 КК, посилаючись на те, що він вчинив продовжуваний злочин.

Відповідно до ч. 2 ст. 28 КК злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення. При цьому необхідно, щоб змова відбулася до початку вчинення злочину, але не на стадії замаху і не під час його вчинення.

У деяких випадках, коли у вчиненні злочину брали участь декілька осіб, одна з яких не була обізнана про протиправність вчинюваних нею дій, суди такі дії помилково кваліфікували за ознакою вчинення злочину групою осіб.

Наприклад, Гусятинський районний суд Тернопільської області вироком від 9 березня 2006 р. визнав винною Г.Н. за ч. 2 ст. 185 КК та призначив їй відповідне покарання. Згідно з вироком суду Г.Н. було визнано винною в тому, що вона спільно зі своїм сином Г.П. таємно викрала деревообробний станок вартістю 1 тис. грн. Проте з матеріалів справи вбачається, що Г.П., вчиняючи крадіжку чужого майна разом з Г.Н., не усвідомлював того, що вчиняє злочин, оскільки вважав, що викрадений станок належить його матері, як вона йому про це повідомила. Крім того, в матеріалах справи наявна постанова слідчого про відмову в порушенні кримінальної справи щодо Г.П. за фактом цієї крадіжки у зв'язку з відсутністю в його діях складу злочину. Апеляційний суд Тернопільської області дійшов висновку про відсутність попередньої змови в діях Г.Н. і її сина та ухвалою від 10 травня 2006 р. перекваліфікував дії Г.Н. за ч. 1 ст. 185 КК.

Відповідно до ст. 26 КК співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Вчинення злочину особою з участю неосудного або особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, не утворює співучасті у злочині.

Проте мають місце випадки помилкового тлумачення судами зазначеної норми закону: суди, коли лише один із учасників вчинення такого злочину є суб'єктом злочину, кваліфікують вказані дії за ознакою «вчинення за попередньою змовою групою осіб».

Так, Червонозаводський районний суд м. Харкова вироком від 14 червня 2006 р. визнав винним Г.Д. за ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 188, ст. 304 КК та призначив йому відповідне покарання. Згідно з вироком суду Г.Д. засуджено за те, що він, діючи за попередньою змовою з неповнолітніми Г.А. та Г.С., які на момент вчинення злочину не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, проник у приміщення трансформаторної підстанції звідки намагався викрасти обладнання, однак не довів свого наміру до кінця, оскільки його було затримано працівниками міліції. Також Г.Д. втягнув у злочинну діяльність неповнолітніх. Вважаємо, що в такому випадку відсутня кваліфікуюча ознака вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, оскільки відповідно до вимог ст. 26 КК тільки Г.Д. є суб'єктом злочину.

Оскільки конструкція різних форм посягань на власність така, що вчинення їх групою осіб може кваліфікуватись як за ознакою вчинення їх групою осіб за попередньою змовою, так і за ознакою вчинення організованою групою, то розрізнення групи осіб за попередньою змовою від організованої групи має значення для правильної кваліфікації такої категорії злочинів за цими ознаками. Поняття «вчинення злочину організованою групою» визначено в ч. 3 ст. 28 КК, згідно з якою така форма співучасті має місце, коли в підготовці до злочину або його вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувались у стійке об'єднання для вчинення злочинної діяльності, об'єднані єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення наміченого плану, відомого всім учасникам групи. Попередня зорганізованість трьох або більше осіб для вчинення злочину може мати форму взаємопогодженого розподілу ролей між співучасниками організованої групи. При цьому її учасники можуть виконувати різні, обумовлені змовою про спільне розкрадання функції у здійсненні загального злочинного наміру. У такому випадку кожний з них визнається виконавцем злочину незалежно від тієї ролі, яку він виконував. Для кваліфікації за ознакою вчинення організованою групою не має значення, чи створювалася група тільки для вчинення лише цього виду (наприклад, для розбійного нападу) або ще й інших злочинів.

Розмір майна, яке було вилучено чи яким заволодів винний у результаті вчинення злочину, визначається його вартістю, яка виражається у грошовій оцінці конкретної речі. Вартість викраденого майна визначається за роздрібними цінами, що існували на момент вчинення злочину, а розмір відшкодування завданих злочином збитків — за відповідними цінами на час вирішення справи в суді. При цьому суди керуються нормами законодавства про ціни та ціноутворення і спеціальними нормативно-правовими актами, якими передбачено порядок визначення розміру шкоди, зокрема Порядком визначення розміру збитків від розкрадання, нестачі, знищення (псування) матеріальних цінностей, затвердженим відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 р. № 116. У разі відсутності ціни на майно його вартість визначалася шляхом проведення відповідної експертизи.

Згідно з чинним законодавством, якщо для кваліфікації злочинів або правопорушень містяться посилання на неоподатковуваний мінімум, то для

таких цілей сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги. Розмір такої пільги визначається Законом від 22 травня 2003 р. № 889-IV «Про податок з доходів фізичних осіб». На перехідний період податкова соціальна пільга визначається для кожного року окремо.

Для вирішення питання про наявність складу правопорушення або злочину в діяннях, які були вчиненні до 1 січня 2004 р., а також для їх кваліфікації положення зазначеного Закону не застосовуються, у таких випадках розрахунки проводяться, виходячи з неоподатковуваного мінімуму доходів громадян у розмірі 17 грн. Визначаючи діяння, вчинене після 1 січня 2004 р., таким, що тягне кримінальну або адміністративну відповідальність, та кваліфікуючи його, — у разі, коли настання відповідальності чи кваліфікація зумовлені певною кількістю неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, — необхідно виходити з того, що сума такого мінімуму дорівнює розміру податкової соціальної пільги, визначеної зазначеним Законом для відповідного року.

Розмір незаконно вилученого у результаті вчинення злочину майна безпосередньо впливає на кваліфікацію розглядуваної категорії злочинів. Зокрема, відповідно до примітки 2 до ст. 185, у статтях 185, 186, 189 та 190 КК значна шкода визначається з урахуванням матеріального становища потерпілого та за умови, що йому завдані збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Великий та особливо великий розміри як обставини, що обтяжують вчинення злочинів, передбачених статтями 185—191, 194 КК, визначаються законом. Відповідно до примітки 3 до ст. 185 КК у статтях 185—191, 194 КК вчиненим у великих розмірах визнається злочин, вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

Згідно із приміткою 4 до ст. 185 КК у статтях 185—187 та 189—191, 194 цього Кодексу вчиненим в особливо великих розмірах визнається злочин, вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

Вчинення особою декількох посягань на чуже майно, загальна вартість якого становить великий або особливо великий розмір, може кваліфікуватись як викрадення, привласнення, розтрата майна чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем у великих чи особливо великих розмірах лише в тому випадку, якщо такі діяння були вчинені одним способом і за обставин, які свідчать про умисел вчинити їх у великому чи особливо великому розмірі.

Труднощі виникають при кваліфікації дій винних осіб, які протягом певного часу вчинили декілька викрадень чужого майна.

Наприклад, Києво-Святошинський районний суд Київської області визнав Ж. винним за ч. 5 ст. 185 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на сім років із конфіскацією майна. Згідно з вироком Ж. визнано винним в тому, що він протягом 2004 р. вчинив ряд крадіжок чужого майна, у тому числі й поєднаних із проникненням до житла потерпілих. Вартість

викраденого майна за цей період складала понад 40 тис. 200 грн. Кваліфікуючи дії Ж. як крадіжку, вчинену в особливо великому розмірі, за ч. 5 ст. 185 КК, суд виходив із загальної вартості викраденого майна за всіма епізодами вчинених крадіжок. Проте, враховуючи, що Ж. вчиняв крадіжки із різних джерел, різного майна та зі значним розривом у часі, вартість викраденого майна за окремими епізодами не перевищувала 9 тис. 438 грн, що не перевищує 600 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тому кваліфікація його дій за ч. 5 ст. 185 КК є неправильною. Верховний Суд України ухвалою від 25 травня 2006 р. цей вирок районного суду змінив, перекваліфікувавши дії Ж. за ч. 2 ст. 185 КК як вчинення крадіжки повторно та за ч. 3 ст. 185 КК — як крадіжка, поєднана з проникненням у житло, і призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на шість років без конфіскації майна.

Обтяжуючою крадіжку (ст. 185 КК), грабіж (ст. 186 КК) і розбій (ст. 187 КК) обставиною закон називає вчинення цих злочинів із проникненням у житло, інше приміщення чи сховище.

Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи такої кваліфікуючої ознаки, як проникнення у житло, інше приміщення та сховище, судам слід мати на увазі таке. Житло — це приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинок, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються і його складові частини, де може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо із житлом (гараж, сарай тощо)[1].

Поняття «інше приміщення» включає різноманітні постійні, тимчасові, стаціонарні або пересувні будівлі чи споруди, призначені для розміщення людей чи матеріальних цінностей (виробниче чи службове приміщення підприємства, установи, організації, гараж, інша будівля господарського призначення, яка відокремлена від житлових будівель тощо).

Сховищем слід розуміти будь-яке місце, призначене для постійного чи тимчасового зберігання майна, яке має засоби охорони від доступу сторонніх осіб (огорожа, наявність охоронця, сигналізація тощо). Це може бути контейнер, товарний вагон, охоронюваний загін та ін. Водночас не кожна територія, що охороняється, може бути визнана сховищем. Наприклад, не може бути сховищем охоронювана територія, що не призначена для зберігання матеріальних цінностей. Судова практика засвідчує, що не визнається сховищем неогороджена і така, що не охороняється, площа території, а також салони автомобілів.

Так, Кролевецький районний суд Сумської області визнав винним М. за ч. 3 ст. 185 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на три роки. М. з метою крадіжки чужого майна проник до кабіни автомобіля «КАМАЗ», звідки викрав майно на загальну суму 606 грн. Суд такі дії кваліфікував за ознакою крадіжки, поєднаної із проникненням у сховище. Проте Апеляційний суд Сумської області згідно з ухвалою від 2 листопада 2006

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2003. – С. 503.

р. цей вирок районного суду змінив та перекваліфікував дії М. з ч. 3 ст. 185 КК на ч. 2 ст. 185 КК, зазначивши в ухвалі, що салон автомобіля в такому випадку не може вважатися сховищем.

Поняттям «сховище» не охоплюються також ділянки території (акваторії), що використовуються для вирощування продукції (наприклад, сад, город, ставок, поле тощо).

Наприклад, Старосинявський районний суд Хмельницької області вироком від 20 січня 2006 р. визнав винними С. та І. за ч. 3 ст. 185 КК і призначив їм відповідне покарання. За вироком суду С. та І. визнано винними у тому, що вони, діючи за попередньою змовою, викрали зі ставка, який перебуває у приватній власності, риболовецькі сітки вартістю 600 грн. Дії засуджених суд помилково кваліфікував як вчинення крадіжки, поєднаної з проникненням у сховище. Апеляційний суд Хмельницької області обґрунтовано дійшов висновку про відсутність у діях засуджених ознаки проникнення у сховище та ухвалою від 1 березня 2006 р. перекваліфікував їхні дії за ч. 2 ст. 185 КК.

Проникненням у житло, інше приміщення чи сховище розуміється вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; обманним шляхом; з використанням підроблених документів тощо). Обов'язковою ознакою проникнення є його незаконність, тобто відсутність у особи права перебувати в цьому місці[1]. Але при розгляді справ цієї категорії суди допускають помилки, що призводить до неправильної кваліфікації дій винних осіб.

Ось приклад. Слов'янський міськрайонний суд Донецької області вироком від 14 березня 2006 р. визнав винною П. за ч. 1 ст. 185 КК та призначив їй відповідне покарання. За вироком суду П. визнано винною в тому, що вона, перебуваючи в помешканні своєї подруги, таємно викрала її особисті речі загальною вартістю 2 тис. 744 грн. Однак із матеріалів справи вбачається, що до зазначеного помешкання винна потрапила через вікно, для чого розбила скло. Проте ця обставина не отримала кваліфікації судом. Вважаємо, що в цьому випадку дії П. слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 185 КК за ознакою проникнення у житло.

Викрадення майна особою не можна розглядати за ознакою проникнення у житло або інше приміщення чи сховище, якщо умисел на викрадення майна виник під час перебування в цьому приміщенні. Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи зазначеної кваліфікуючої ознаки, слід з'ясовувати, з якою метою особа потрапила у житло, інше приміщення чи сховище і коли у неї виник умисел на заволодіння майном. Така обставина має місце лише тоді, коли проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища здійснювалося з метою заволодіння чужим майном.

Так, Ужгородський міськрайонний суд Закарпатської області визнав винним К. за ч. 3 ст. 187 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на вісім років. Згідно з вироком К. визнано винним у тому, що він

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2003. – С. 504.

проник у будинок потерпілої О., де вчинив напад з метою заволодіння її майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя та здоров'я останньої. Проте з матеріалів справи вбачається, що К. зайшов до помешкання потерпілої з метою позичити у неї гроші, а умисел насильно заволодіти її майном у нього виник після того, як потерпіла відмовила йому позичити гроші.

Апеляційний суд Закарпатської області не погодився з висновками міськрайонного суду, що з боку засудженого було протизаконне проникнення у приміщення, та ухвалою від 29 листопада 2000 р. змінив зазначений вирок міськрайонного суду, виключивши посилання на кваліфікуючу ознаку — проникнення у приміщення — і перекваліфікував дії К. за ч. 1 ст. 187 КК.

Не може кваліфікуватись як проникнення в інше приміщення викрадення товару покупцем або сторонньою особою з магазину в ті години, коли він працює.

Славутський міськрайонний суд Хмельницької області вироком від 11 вересня 2006 р. визнав винним З. за ч. 3 ст. 187 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на сім років з конфіскацією майна. З метою заволодіння чужим майном З. зайшов до магазину, де, погрожуючи продавцю металевим молотком, що є небезпечним для життя і здоров'я насильством, заволодів матеріальними цінностями у розмірі 271 грн. Проте з матеріалів справи очевидно, що винний до магазину потрапив у робочий час, коли доступ споживачів до нього був вільний, тому його дії не можуть бути кваліфіковані за ознакою проникнення у приміщення. Апеляційний суд Хмельницької області згідно з ухвалою від 21 грудня 2006 р. вирок районного суду змінив та перекваліфікував дії З. на ч. 1 ст. 187 КК.

Дії осіб, що привласнили чи допустили розтрату чужого майна, якщо вони не були наділені певною правомочністю щодо нього, однак за родом своєї діяльності мали доступ до цього майна (сторож, підсобний робітник, вантажник тощо), суди кваліфікували залежно від того, чи було в їхніх діях протиправне проникнення в сховище, приміщення чи вони перебували в цих приміщеннях у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

Вчинення крадіжки, грабежу або розбою шляхом незаконного проникнення у житло, інше приміщення чи сховище не потребує додаткової кваліфікації за ст. 162 КК («Порушення недоторканності житла»), оскільки така незаконна дія є кваліфікуючою ознакою зазначених злочинів та охоплюється диспозицією закону про відповідальність за їх вчинення.

У деяких випадках суди помилково кваліфікували за сукупністю дії винних осіб, які вчинили викрадення майна, поєднане з незаконним проникненням у житло.

Так, Московський районний суд м. Харкова вироком від 3 березня 2006 р. визнав винним Н. за ч. 1 ст. 162, ч. 3 ст. 185 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на шість років. Із матеріалів цієї справи вбачається, що Н., маючи умисел на викрадення чужого майна, користуючись тим, що в квартирі потерпілої Б. вхідні двері не були зачинені на замок, незаконно проник до житла останньої, звідки таємно викрав її майно. На нашу

думку, у цьому випадку є зайвою додаткова кваліфікація за ч. 1 ст. 162 КК, оскільки проникнення до житла є кваліфікуючою ознакою ч. 3 ст. 185 КК.

Вивчення зазначеної категорії справ показало, що в разі вчинення крадіжки, грабежу і розбою пошкодження під час незаконного проникнення у житло, інше приміщення чи сховище дверей, замків, гратів тощо суди оцінюють як спосіб проникнення, а тому ці дії додаткової кваліфікації не потребують.

Заподіяння в процесі розбою чи вимагання легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або короткочасну втрату працездатності, середньої тяжкості тілесного ушкодження, позбавлення волі, вчинене способом, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, нанесення побоїв, що мало характер мордування, охоплюється ст. 187 КК чи ст. 189 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребує.

Наприклад, Бахчисарайський районний суд Автономної Республіки Крим визнав винним Ш. за ч. 1 ст. 187, ч. 1 ст. 122 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на шість років. Ш., застосовуючи фізичне насильство, вчинив напад на потерпілого А. та заволодів його мобільним телефоном (вартістю 800 грн), в результаті чого потерпілому були заподіяні тілесні ушкодження, які відповідно до висновку судово-медичної експертизи належить до категорії тілесних ушкоджень середньої тяжкості. У цьому випадку дії Ш. не потребували додаткової кваліфікації за ст. 122 КК, оскільки він вчинив напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, чим заподіяв зазначені тілесні ушкодження, а диспозицією ст. 187 КК повністю охоплюються такі дії. З цих підстав Апеляційний суд Автономної Республіки Крим згідно з ухвалою від 22 серпня 2006 р. змінив вирок районного суду та закрив провадження у справі в частині засудження Ш. за ч. 1 ст. 122 КК.

Насильством, небезпечним для життя і здоров'я (ст. 187, ч. 3 ст. 189 КК), слід розуміти заподіяння потерпілому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або короткочасну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до зазначених наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння. До них необхідно відносити, зокрема, насильство, що призвело до стану непритомності чи мало характер мордування, здушення шиї, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо.

Трапляються випадки, коли суди в результаті неправильного встановлення характеру заподіяного до потерпілих осіб фізичного насильства допускають помилки при кваліфікації дій винних осіб.

Краматорський міський суд Донецької області вироком від 10 квітня 2006 р. визнав винними А. та П. за ч. 3 ст. 187 КК і призначив їм покарання у виді позбавлення волі строком на дев'ять років із конфіскацією майна. Із матеріалів справи вбачається, що винні незаконно проникли до помешкання потерпілого Д., де, застосувавши до нього насильство, яке не є небезпечним для життя і здоров'я, заволоділи майном на суму 3 тис. 883 грн. Відповідно до висновку

судово-медичної експертизи, потерпілому було заподіяно легкі тілесні ушкодження, що не спричинили короткочасного розладу здоров'я. Проте суд помилково кваліфікував дії А. та П. як розбій. Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 22 вересня 2006 р. змінив цей вирок та перекваліфікував дії засуджених із ч. 3 ст. 187 КК на ч. 3 ст. 186 КК.

Заподіяння в процесі розбою чи вимагання легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або короткочасну втрату працездатності, а також середньої тяжкості тілесного ушкодження, позбавлення волі, вчинене способом, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, нанесення побоїв, що мало характер мордування, охоплюється ст. 187 або ч. 4 ст. 189 КК і додаткової кваліфікації за іншими статтями КК не потребує.

Умисне заподіяння при розбої тяжкого тілесного ушкодження, що не призвело до смерті потерпілого, не потребує додаткової кваліфікації за відповідними частинами ст. 121 КК, оскільки повністю охоплюється ч. 4 ст. 187 КК.

Якщо в процесі розбою чи вимагання було умисно заподіяне тяжке тілесне ушкодження, внаслідок якого сталася смерть потерпілого, або останнього було умисно вбито, дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів — за ч. 4 ст. 187 чи 189 КК і ч. 2 ст. 121 або п. 6 ч. 2 ст. 115 КК.

Наприклад, Ленінський районний суд м. Севастополя вироком від 10 липня 2006 р. визнав винним Т. за ч. 2 ст. 121, ч. 4 ст. 187 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на дванадцять років із конфіскацією майна. З матеріалів справи стає очевидно, що Т. з метою заволодіння майном вчинив напад на М., заподіявши останньому тяжкі тілесні ушкодження, які спричинили смерть потерпілого.

Заподіяння потерпілому смерті через необережність у процесі розбою чи вимагання належить кваліфікувати за сукупністю злочинів — за відповідною частиною статей 187 чи 189 та ст. 119 КК.

Законом від 2 червня 2005 р. № 2635-IV «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення» ст. 51 цього Кодексу було викладено у новій редакції і встановлено, що викрадення чужого майна шляхом крадіжки, шахрайства, привласнення чи розтрати вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Таким чином, було здійснено часткову декриміналізацію окремих злочинів проти власності. Зокрема, станом на 2003 р. дрібною крадіжкою вважалося викрадення чужого майна, вартість якого не перевищувала 51 грн, у 2004 р. — 184,5 грн, 2005 р. — 393 грн, 2006 р. — 525 грн, 2007 р. — 600 грн, у 2008 р. — 772,5 грн.

Вивчення справ цієї категорії показало, що суди помилково притягують до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили дрібне викрадення чужого майна.

Ось приклад. Алуштинський міський суд Автономної Республіки Крим визнав винним Р. за ч. 3 ст. 185 КК та призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на чотири роки. Із матеріалів справи видно, що Р. через вікно проник до квартири потерпілого К., де таємно викрав майно,

вартість якого становила 305 грн. Проте на момент вчинення злочину дрібною вважалася крадіжка чужого майна, вартість якого не перевищувала 393 грн. За таких обставин Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 1 червня 2006 р. скасував вирок міського суду та закрив кримінальну справу за відсутністю в діях Р. складу злочину.

Відповідно до п. 6 постанови Пленуму від 25 грудня 1992 р. № 12 крадіжку і грабіж слід вважати закінченими з моменту, коли винна особа вилучила майно і має реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним (заховати, передати іншим особам тощо). Проте деякі суди допускали помилки при розмежуванні закінченого складу злочину від замаху на його вчинення.

Так, Алуштинський міський суд Автономної Республіки Крим вироком від 15 вересня 2006 р. засудив Б. за ч. 1 ст. 186 КК і призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на сім років. Згідно з вироком суду Б. визнано винним у тому, що він шляхом відкритого викрадення заволодів сумкою потерпілого З. вартістю 60 грн. Із матеріалів справи вбачається, що в момент грабежу Б. затримали працівники міліції, тобто він хоча й незаконно вилучив майно, проте не мав можливості розпорядитися ним на власний розсуд. Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 2 листопада 2006 р. змінив вирок районного суду та обґрунтовано перекваліфікував дії Б. з ч. 1 ст. 186 КК на ст. 15, ч. 1 ст. 186 КК.

Вимагання вважається закінченим з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з погрозами, які викладені в диспозиції ст. 189 КК.

Шахрайство є закінченим з моменту заволодіння майном або придбання права на майно. Обман, що не призвів до заволодіння майном або придбання права на майно, необхідно визнавати (з урахуванням обставин конкретної справи) як підготовку чи замах на шахрайство.

Відшкодування шкоди

Відповідно до ст. 28 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК), особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, вправі при провадженні в кримінальній справі пред'явити до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядається судом разом з кримінальною справою.

Цивільний позов може бути пред'явлений як під час досудового слідства і дізнання, так і під час судового розгляду справи, але до початку сдового слідства.

Особа, яка не пред'явила цивільного позову в кримінальній справі, а також особа, цивільний позов якої залишився без розгляду, має право пред'явити його в порядку цивільного судочинства.

У деяких випадках, коли позови не були заявлені, суди при постановлені обвинувальних вироків вирішували питання про стягнення матеріальних збитків.

Наприклад, Шевченківський районний суд м. Києва визнав винним А. за ч. 2 ст. 186 КК і призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на чотири роки та шість місяців і постановив стягнути з нього 504 грн матеріальної шкоди на користь потерпілого Т. Але згідно з ухвалою Верховного

Суду України від 18 квітня 2006 р. зазначений вирок у частині стягнення матеріальної шкоди було скасовано, оскільки потерпілий цивільний позов про стягнення з А. матеріальної шкоди на досудовому слідстві та в судовому засіданні не заявляв і цивільним позивачем визнаний не був.

Відповідно до вимог ч. 2 ст. 93 КПК, якщо винними у справі визнано декількох осіб, суд постановляє, в якому розмірі мають бути стягнені витрати з кожного з них, враховуючи ступінь вини та майновий стан засуджених. Проте мають місце випадки, коли суди всупереч зазначених вимог постановляють стягнути судові витрати в солідарному порядку.

Так, Добровеличківський районний суд Кіровоградської області вироком від 10 березня 2005 р. визнав винними Б. та П. за ч. 3 ст. 185 КК і призначив їм відповідне покарання. Крім того, суд на порушення вимог ч. 2 ст. 93 КПК постановив стягнути солідарно із засуджених витрати за проведення експертизи. З цих підстав Верховний Суд України згідно з ухвалою від 11 травня 2006 р. зазначений вирок змінив у частині стягнення судових витрат.

Також слід зазначити, що серед вивчених справ у багатьох випадках потерпілі не заявляли позови про відшкодування матеріальної і моральної шкоди. Вважаємо, що слідчі органи та суди недостатньо проводили роботу із роз'яснення потерпілим їхніх прав щодо заявлення цивільних позовів про відшкодування шкоди.

Призначення покарання

Відповідно до вимог ст. 65 КК при призначенні покарання за вчинення злочинів суд повинен врахувати ступінь тяжкості цього злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання. Особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне і достатнє для її виправлення, а також запобігання вчиненню нею нових злочинів.

Згідно зі статистичними даними, у 2007 р. за вчинення злочинів, передбачених статтями 185—191 КК, суди призначили покарання у виді позбавлення волі 20 тис. 220 особам, або 33,9 % від засуджених за ці злочини. За сукупністю злочинів та сукупністю вироків призначено покарання 8 тис. 623 особам. Звільнено від покарання 32 тис. 480 осіб, у тому числі з випробуванням — 31 тис. 787, внаслідок акту амністії та інших підстав — 547. Накладено судом штраф на 5 тис. 253 осіб. Громадські роботи застосовано до 293 осіб; виправні роботи до — 297; арешт до — 192, обмеження волі до — 851.

Згідно з вимогами ст. 69 КК суд може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, лише за наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного.

Однак мають місце випадки, коли суди призначали більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, без посилання на ст. 69 КК та при цьому у вироках не зазначали які саме обставини або дані про особу підсудного визнають такими, що істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину та впливають на пом'якшення покарння.

Так, Гадяцький районний суд Полтавської області визнав винним К. за ч. 1 ст. 186 КК та призначив йому покарання у виді штрафу в сумі 510 грн. Проте

суд без посилання на ст. 69 КК визначив штраф у меншому розмірі, ніж це передбачено законом. Оскільки ч. 1 ст. 186 КК передбачено можливість застосування штрафу в розмірі від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 850 до 1 тис. 700 грн), Верховний Суд України згідно з ухвалою від 7 березня 2006 р. змінив вирок районного суду та призначив К. покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді штрафу розміром 510 грн.

Відповідно до ч. 4 ст. 67 КК, якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена в статті Особливої частини цього Кодексу як ознака злочину, яка впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує. Проте трапляються випадки, коли суди, призначаючи покарання, неправомірно враховують обставини, що обтяжують покарання, наслідки, які є кваліфікуючою ознакою вчиненого злочину.

Наприклад, Смілянський міськрайонний суд Черкаської області визнав винним С. за ч. 4 ст. 187 КК і, застосувавши ст. 69 КК, призначив йому покарання у виді позбавлення волі строком на п'ять років без конфіскації майна та на підставі ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання. За вироком суду С. було визнано винним у тому, що він за попередньою змовою з невстановленою особою проник у квартиру, де із застосуванням насильства до потерпілого К. заволодів його майном вартістю 90 тис. 500 грн, спричинивши останньому матеріальну шкоду в особливо великих розмірах. Проте Апеляційний суд Черкаської області скасував цей вирок у частині призначення покарання та постановив новий, яким призначив С. покарання у виді позбавлення волі строком на вісім років з конфіскацією майна. При цьому апеляційний суд всупереч вимогам ст. 67 КК послався на обтяжуючі відповідальність обставини, зокрема вчинення особливо тяжкого злочину групою осіб, оскільки зазначені обставини є кваліфікуючими ознаками ч. 4 ст. 187 КК. З цих підстав Верховний Суд України ухвалою від 3 жовтня 2006 р. змінив вирок апеляційного суду та призначив С. покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді позбавлення волі строком на п'ять років без конфіскації майна.

Відповідно до санкцій ч. 5 ст. 185, ч. 5 ст. 186, частин 2, 3, 4 ст. 187, частин 3, 4 ст. 189, ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 191 КК конфіскація майна засудженого є обов'язковим додатковим покаранням, непризначення якого може мати місце лише в разі застосування ст. 69 КК та ст. 77 КК. Проведене узагальнення засвідчило, що інколи суди, призначаючи покарання за статтями, санкціями яких передбачена конфіскація майна, безпідставно не призначали такий вид покарання.

Так, Святошинський районний суд м. Києва вироком від 1 грудня 2006 р. визнав винними П. та А. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 187 КК, і призначив їм покарання у виді позбавлення волі строком на сім років. Проте суд безпідставно не призначив А. додаткове покарання у виді конфіскації майна. Апеляційний суд м. Києва вказаний вирок у частині призначення покарання А. скасував та призначив йому покарання із застосуванням конфіскації майна.

Згідно зі ст. 77 КК конфіскація майна як додаткове покарання не може застосовуватись у разі звільнення судом засудженого від відбування основного покарання з випробуванням. Однак суди в деяких випадках, призначаючи покарання, не дотримувалися зазначених вимог закону та призначали конфіскацію майна як додаткове покарання, хоча при цьому із застосуванням ст. 75 КК звільняли засуджених від відбування основного покарання з випробуванням.

Наприклад, Ленінський районний суд м. Донецька засудив Д. за ст. 15 КК, ч. 2 ст. 190, ч. 4 ст. 190 КК на п'ять років позбавлення волі з конфіскацією майна і на підставі ст. 75 цього Кодексу звільнив його від відбування основного покарання з випробуванням. Оскільки суд звільнив засудженого від відбування покарання з випробуванням застосування конфіскації майна як додаткового покарання у цій справі суперечить вимогам ст. 77 КК. З цих підстав Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 28 липня 2006 р. змінив вирок районного суду в частині призначення покарання, виключивши з нього конфіскацію майна.

Звільняючи від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх осіб, суди інколи застосовують тільки ст. 75 КК та не враховують положення ст. 104 КК, яка передбачає особливий порядок звільнення для цих осіб та в якій вказано, що іспитовий строк установлюється тривалістю від одного до двох років.

Так, Ленінський районний суд м. Полтави вироком від 17 квітня 2006 р. визнав винними неповнолітніх К. та Ш. за ч. 2. ст. 186 КК. Разом з тим суд, звільняючи винних від відбування покарання із випробуванням на підставі ст. 75 КК, встановив їм іспитовий строк три роки, що суперечить вимогам ст. 104 КК, згідно з якою неповнолітнім іспитовий строк установлюється тривалістю від одного до двох років.

Проведене узагальнення засвідчило, що при розгляді зазначеної категорії справ суди допускають помилки при кваліфікації дій винних осіб, розрізненні одних злочинів від інших, вирішенні питань про наявність або відсутність кваліфікуючих ознак та призначенні видів кримінальних покарань. Також виникають труднощі при визначенні такого поняття, як «проникнення у житло, інше приміщення чи сховище при вчиненні злочинів проти власності», стадії закінчення злочину тощо. Мають місце непоодинокі випадки неправильного визначення розміру матеріальних збитків, завданих злочином, допускаються помилки при вирішенні цивільних позовів потерпілих.

Вважаємо, що узагальнення сприятиме правильному розгляду судами зазначеної категорії справ.

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 грудня 2015 року у справі № 5-221кс15

(*рішення про неправильну кваліфікацію крадіжки як малозначного діяння*)

Закріплене у частині другій статті 11 КК положення передбачає встановлення малозначності лише в тому разі, коли законодавець вирішення питання про межі заподіяної шкоди залишає на розсуд правозастосувача (суду). Щодо злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди, констатація малозначності діяння виключається.

Оцінка суспільної небезпеки діяння, передбаченого частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, не може визначатись за правилом, закріпленим у частині другій статті 11 КК, оскільки суспільно небезпечні наслідки цього складу злочину мають чітко визначену мінімальну межу шкоди, яка може бути завдана власнику майна.

(Витяг)

Вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 серпня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні, передбаченому частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 Кримінального кодексу України (далі - КК), і виправдано на підставі частини другої статті 11 КК, пункту 2 частини першої статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) за відсутністю в його діянні складу кримінального правопорушення.

ОСОБА_1 обвинувачувався у замаху на крадіжку чоловічого станка для гоління вартістю 229 грн. 99 коп., який він намагався винести з торгового центру «Новус» у м. Тернополі 8 червня 2014 року, але був затриманий працівниками охорони.

Суд першої інстанції дійшов висновку, що дії ОСОБА_1, хоча формально і містять ознаки діяння, передбаченого частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, але через малозначність не становлять суспільної небезпеки, оскільки не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди власнику зазначеного майна (ТОВ «Новус-Україна»). Прийняте рішення суд обґрунтував врахуванням: обстановки вчиненого діяння, факту затримання ОСОБА_1 працівниками охорони, поведінки затриманого, який без заперечень пройшов до службового приміщення і добровільно видав майно, яке намагався украсти, вартістю зазначеного майна.

Апеляційний суд Тернопільської області скасував виправдувальний вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 і своїм вироком від 5 листопада 2014 року визнав останнього винуватим у вчиненні злочину, передбаченого частиною

другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, та призначив йому 850 грн. штрафу.

Касаційний суд - колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 4 червня 2015 року зазначений вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

У заяві про перегляд справи Верховним Судом України засуджений ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу касаційного і вирок апеляційного судів, а кримінальне провадження – закрити. Твердить, що він зробив тільки спробу викрасти з торгового центу чоловічий станок для гоління. Вважає, що на такі дії поширюється положення частини другої статті 11 КК, і тому він не має нести кримінальну відповідальність. У таких випадках, наголошує заявник, касаційний суд приймав рішення про закриття кримінальних проваджень із підстав малозначності.

Так, в ухвалі від 19 лютого 2013 року касаційний суд погодився з висновками суду першої та апеляційної інстанцій про закриття на підставі частини другої статті 11 КК кримінальної справи про обвинувачення особи у вчиненні 5 березня 2012 року з території підприємства невдалої спроби крадіжки металевої арматури вартістю 158 грн. 10 коп.. Касаційний суд констатував, що дії особи, хоча формально і містять ознаки діяння, передбаченого частиною третьою статті 15, частиною першою статті 185 КК, але через малозначність не становлять суспільної небезпеки, оскільки істотної шкоди підприємству не заподіяли.

Ухвалою від 19 березня 2015 року касаційний суд скасував вирок апеляційного суду про засудження особи за частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК за вчинення у липні 2014 року з приміщення торгового центру невдалої спроби крадіжки продовольчих товарів на суму 193 грн. 47 коп., та закрив кримінальне провадження на підставі частини другої статті 11 КК. Касаційний суд дійшов висновку, що вчинене діяння, хоча формально й містить ознаки кримінального правопорушення, однак є малозначним, оскільки внаслідок спрямованості умислу засудженого на викрадення лише зазначених у вироку товарів на суму, що незначно перевищує встановлений законодавством мінімум для притягнення особи до кримінальної відповідальності, то з урахуванням розміру потенційної шкоди не є суспільно небезпечним.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю – доповідача, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви, дослідила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила вимоги заявника і дійшла висновку про таке.

1. Провадження у справі відкрито за заявою засудженого ОСОБА_1, поданою з підстави, передбаченої пунктом 1 статті 445 КПК (неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень).

2. Заявник скаржиться, що касаційний суд неоднаково тлумачить положення частини другої статті 11 КК про малозначність діяння, а відтак його висновок про застосування цієї норми права, зроблений в ухвалі від 4 червня 2015 року, різниться з правозастосовними висновками зазначеної норми в ухвалах від 19 лютого 2013 року і 19 березня 2015 року, незважаючи на те, що застосування (кваліфікація) однієї і тієї самої норми права в першому випадку і двох попередніх - проводилось у подібних правовідносинах і стосовно уподібнених діянь.

3. У цій справі Суд вважає, що у розумінні пункту 1 статті 445 КПК дійсно відбулося неоднакове (різне) застосування касаційним судом частини другої статті 11 КК, яке становило: в оспореному рішенні правило «малозначності діяння» щодо невдалої спроби ОСОБА_1 заволодіти у торговому центрі станком для гоління вартістю 229 грн. 99 коп. застосовано не було. У рішеннях, наданих для порівняння, зазначене правило застосовано. У першому випадку касаційний суд визнав, що ОСОБА, хоча і вчинила замах на крадіжку металевої арматури вартістю 158 грн. 10 коп., але цими конкретними діями істотної шкоди підприємству не заподіяла. У другому випадку касаційний суд розцінив замах ОСОБИ на крадіжку товару вартістю 193 грн. 47 коп. таким, що незначно перевищує встановлений законодавством мінімум для притягнення особи до кримінальної відповідальності, і відтак не є суспільно небезпечним. Отже, Суду належить через порівняння судових рішень установити однаковість/неоднаковість застосування (кваліфікація) судом касаційної інстанції норми частини другої статті 11 КК у правовідносинах власності (безпосередній об’єкт злочину, передбаченого статтею 185 КК, – крадіжка), що охороняються кримінальним законом, як частина економічних відносин, як основа економічної системи держави.

У цьому зв’язку Суд зазначає, що загальне положення, яке визначає правила кваліфікації, полягає в тому, що необхідність кримінально-правового захисту різного роду суспільних відносин від небезпечних посягань являється основоположною причинною підставою криміналізації (кримінально-правової заборони) діянь, що визначає домінуюче положення об’єкта по відношенню до інших елементів та ознак злочину. Кваліфікація за об’єктом передбачає врахування структури об’єкта як суспільних відносин, їх систематизації і взаємозв’язку по вертикалі (загальний, родовий, безпосередній) і горизонталі (основний, додатковий, факультативний), включаючи предмет і потерпілого. Звідси випливає наступне.

Системність (по вертикалі і горизонталі), сукупність, взаємозв’язок і підпорядкованість об’єктів кримінально-правової охорони, як вони встановлені законодавцем, визначають процес кваліфікації, зокрема, вибір кримінально-правової норми, зміну кваліфікації у межах цієї системи.

Основний безпосередній об’єкт кримінально-правової охорони являється ціллю злочину, він же визначає кваліфікацію за основним складом і стадії злочину.

Характер суспільної небезпечності шкоди слугує основним критерієм розмежування злочинів за об'єктом, у тому числі за основним складом і кваліфікованим видом.

Ступінь шкоди об'єкту за ознакою суспільної небезпечності диференціює діяння на значні і малозначні (злочини).

Визнання у конкретному складі злочину відповідних правовідносин в якості основного безпосереднього об'єкта утворює єдину підставу для кваліфікації діяння за об'єктом.

4. Чинне законодавство про кримінальну відповідальність злочином визнає передбачене КК суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину.

Відповідно до частини другої статті 11 КК не визнається злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Отже, специфіка встановлення малозначності діяння полягає в обов'язковій сукупності трьох умов:

1) формальна наявність у вчиненому діянні ознак складу злочину, передбаченого КК, тобто всіх тих передбачених у законі об'єктивних і суб'єктивних ознак, що у відповідній статті (частині статті) Особливої частини КК характеризують певний склад злочину. Діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, не може визнаватись малозначним. Якщо істотність матеріальної (майнової чи фізичної) шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі шляхом закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди свідчить про відсутність у діях особи кримінальної протиправності, що унеможливлює звернення до частини другої статті 11 КК;

2) малозначне діяння не становить суспільної небезпеки, яка є типовою для певного злочину. Це виражається в тому, що воно не заподіює взагалі шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству чи державі, або заподіює їм явно незначну (мізерну) шкоду;

3) малозначне діяння не повинно бути суб'єктивно спрямоване на заподіяння істотної шкоди. Якщо існує невідповідність між фактично вчиненим малозначним діянням і умислом, спрямованим на заподіяння істотної шкоди, має наставати кримінальна відповідальність за замах на той злочин, який особа бажала вчинити.

Поняття істотної шкоди у контексті частини другої статті 11 КК носить оціночний характер, його зміст визначається оцінкою правозастосовними органами всіх конкретних обставин справи. Про оціночний характер шкоди можна говорити лише в тому випадку, коли законодавець у відповідних статтях (частинах статей) Особливої частини КК використовує загальні оціночні поняття: тяжкі наслідки, інші тяжкі наслідки (відносно визначені правові норми).

Якщо істотність шкоди знаходить своє чітке відображення у визначенні об'єктивних ознак того чи іншого складу злочину, тобто характер шкоди є фіксованим і не може оцінюватись на розсуд правозастосувача (абсолютно визначені правові норми), застосування кримінально-правової норми про малозначність виключається.

5. На встановлення малозначності діяння жодні інші фактори, крім вказаних вище обов'язкових умов, не впливають. Відповідно, посткримінальна поведінка порушника кримінально-правової заборони, характеристика його особи, ступінь реалізації злочинного умислу, інші обставини, що відповідно до закону є правовими підставами для пом'якшення покарання або звільнення від кримінальної відповідальності, значення в контексті встановлення наявності чи відсутності малозначності діяння за частиною другою статті 11 КК не мають. Так, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, примирення винного з потерпілим, втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину не перетворюють злочин у малозначне діяння.

Значення частини другої статті 11 КК полягає в тому, що вона, підкреслюючи важливість такої матеріальної ознаки злочину, як його суттєва суспільна небезпечність, виключає злочин у випадках, коли вчинене діяння лише формально містить ознаки, передбачені в певній статті Особливої частини КК. Положення про малозначність діяння може розцінюватись як законодавчо закріплений засіб подолання колізії між формальною (кримінальна протиправність) і матеріальною (суспільна небезпека) ознаками злочину.

6. Відповідно до частини першої статті 185 КК предметом крадіжки є чуже майно. Цей злочин належить до злочинів з матеріальним складом, обов'язковою ознакою якого є суспільно небезпечні наслідки у виді шкоди майнового характеру. У пунктах 2 – 4 примітки до статті 185 КК конкретизовані (формалізовані, визначені) такі наслідки, тобто законодавцем встановлено їх мінімальний і максимальний розмір у неоподатковуваних мінімумах доходів громадян.

Крадіжку, за яку передбачена кримінальна відповідальність (стаття 185 КК), слід відрізняти від дрібного викрадення чужого майна, як адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі - КУпАП), згідно з якою таємне викрадення чужого майна вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Системне тлумачення статті 51 КУпАП і статті 185 КК свідчить, що викрадення чужого майна, вартість якого на момент вчинення правопорушення перевищує 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, становить предмет злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК. Таким чином, поняття такої кримінально караної поведінки не є оціночним, воно формалізовано в законі, тобто визначено законодавцем за допомогою вартісних критеріїв.

7. Підсумовуючи наведене, Суд робить такі висновки:

Вчинене ОСОБА_1 діяння формально містить усі ознаки злочину, передбаченого частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, - закінчений замах на таємне викрадення чужого майна.

Оцінка суспільної небезпеки цього діяння не може визначатись за правилом, закріпленим у частині другій статті 11 КК. Відповідне положення передбачає встановлення малозначності лише в тому разі, коли законодавець вирішення питання про межі заподіяної шкоди залишає на розсуд правозастосувача. Щодо крадіжки, то суспільно небезпечні наслідки цього складу злочину мають чітко визначену мінімальну межу шкоди, яка може бути завдана власнику майна - 0,2 неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (на час вчинення зазначеного діяння ОСОБА_1 таку мінімальну межу становила сума 121, 80 грн.).

Отже, діяння, вчинене ОСОБА_1, характеризуючись усіма ознаками складу злочину, передбаченого частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, становить притаманну злочинну суспільну небезпеку, адже було спроможним заподіяти істотну шкоду певній юридичній особі. Тому правова позиція суду касаційної інстанції про залишення без зміни обвинувального вироку апеляційного суду щодо нього є правильною і не суперечить положенням частини другої статті 11 КК.

У наданій на порівняння ухвалі від 19 лютого 2013 року у подібних правовідносинах, попри те, що фактичні обставини діяння за предметом і способом посягання, вартістю предмета посягання, стадією і підставами їхнього припинення збігаються з фактичними обставинами дій, вчинених ОСОБА_1, було прийнято інше (протилежне) рішення про визнання зазначеного діяння малозначним. З'ясування причин та умов неоднакового застосування норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, в порівнюваному рішенні, відповідно до пункту 1 статті 445 і статті 455 КПК, перебуває за межами предмета перегляду, у зв'язку з чим Суд позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цього рішення, при цьому зауважує, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Що стосується ухвали від 19 березня 2015 року, то вона не може бути прикладом для порівняння, оскільки 17 грудня 2015 року Суд скасував її в порядку глави 33 КПК як незаконну.

Ураховуючи, що обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердились, у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1 слід відмовити.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 червня 2015 року.

Постанова є остаточною і може бути оскаржена тільки з підстави, передбаченої пунктом 4 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: закріплене у частині другій статті 11 КК положення передбачає встановлення малозначності лише в тому разі, коли законодавець вирішення питання про межі заподіяної шкоди залишає на розсуд правозастосувача (суду). Щодо злочинів, конструкція складів яких передбачає конкретно визначений розмір спричиненої шкоди, констатація малозначності діяння виключається.

Оцінка суспільної небезпеки діяння, передбаченого частиною другою статті 15, частиною першою статті 185 КК, не може визначатись за правилом, закріпленим у частині другій статті 11 КК, оскільки суспільно небезпечні наслідки цього складу злочину мають чітко визначену мінімальну межу шкоди, яка може бути завдана власнику майна.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 березня 2014 року у справі № 5-2кс14

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій як незаконного привласнення особою знайденого в аспекті розмежування його з крадіжкою*)

Таємне заволодіння чужим майном, що фактично не вийшло з володіння власника або особи, якій було ввірене, але опинилося з будь-яких причин у неналежному місці, слід розцінювати не як привласнення знахідки, а як крадіжку чужого майна.

(Витяг)

Вироком Вінницького міського суду Вінницької області від 26 грудня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 185 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк три роки.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1. звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки з покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2, 3, 4 частини першої статті 76 цього Кодексу.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він 19 квітня 2012 року в проміжок часу з 23-ої год. 15 хв. до 23-год. 40 хв. у комп'ютерному клубі ІНФОРМАЦІЯ_2, таємно викрав мобільний телефон марки «Samsung» вартістю 2 тис. 699 грн 24 коп., який лежав на комп'ютерному столі і був залишений попереднім відвідувачем ОСОБА_2. Цей телефон він побачив, як тільки зайняв звільнене потерпілою місце за комп'ютерним столом, непомітно приховав його у себе і до закінчення дозволеного часу користування комп'ютером залишив клуб.

Апеляційний суд Вінницької області ухвалою від 28 лютого 2013 року

визнав правильною кримінально-правову кваліфікацію дій засудженого, пом'якшив призначене йому покарання до одного року позбавлення волі й погодився з рішенням суду першої інстанції про звільнення ОСОБА_1 від відбування покарання з випробуванням із зазначеним у вироку іспитовим строком.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 31 жовтня 2013 року зазначені рішення судів нижчої ланки скасувала, а справу закрила за відсутністю складу злочину на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

У заяві про перегляд справи Верховним Судом України заступник Генерального прокурора України (далі – прокурор) просить скасувати ухвалу касаційного суду та направити справу на новий касаційний розгляд. Вказує на те, що під час заволодіння мобільним телефоном ОСОБА_1 фактично було відомо про його належність потерпілій ОСОБА_2 та що саме вона залишила його на столі без нагляду, оскільки неподалік очікував закінчення нею користування комп'ютером і відразу зайняв місце за столом, яке вона звільнила. Поширення на виявлений засудженим телефон поняття «знахідка», визначення якого дається у статті 337 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), вважає неприйнятним. Зауважує також, що засуджений не виконав положень зазначеної норми, які зобов'язують кожного, хто знайшов загублену річ, негайно повідомити про це особу, яка її загубила, або власника речі й повернути річ цій особі.

На підтвердження наявності підстав неоднаковості у правозастосуванні прокурор послався на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 жовтня 2013 року. У цій справі незаконне заволодіння мобільним телефоном, який лежав на підвіконні поліклініки, але фактично не вибув з-під контролю потерпілої, касаційний суд розцінив як протиправне заволодіння чужим майном (крадіжку).

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, дослідила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила прохання заяви та дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою прокурора допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32^1 КПК 1960 року, та розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за таємне викрадення чужого майна, яке вибуло з володіння власника чи особи, якій було ввірене.

3. Частина перша статті 185 КК встановлює кримінальну відповідальність

за таємне викрадення чужого майна; вона охороняє право власності і забороняє вчиняти зазначені у ній дії. Ця норма містить обов'язкові ознаки складу злочину, які виокремлюють (ідентифікують) фактично вчинені дії як крадіжку й відрізняють її від діянь, що посягають на інші об'єкти кримінально-правової охорони, або від фактів, які зумовлюють виникнення інших (некримінальних) правовідносин.

Визначальною ознакою крадіжки є суб'єктивна сторона цього злочину, тобто психічне ставлення винної особи до вчинюваних нею дій. Така особа розуміє, що заволодіває чужим майном, усвідомлює, що воно належить конкретному власнику і що вона обертає його на свою користь протиправно шляхом таємного викрадення.

Зміст суб'єктивної сторони цього діяння розкривається через предмет і об'єктивну сторону цього злочину, зокрема через його зовнішні поведінкові ознаки – місце, час, спосіб та обставини скоєння злочину.

Предметом крадіжки завжди є будь-яке чуже майно чи майнові права на нього. Нерідко це майно може знаходитися на відкритій місцевості, у місцях загального користування чи перебувати в іншому доступному місці. Правовий режим такого майна не завжди означає, що воно є нічийним, таким, від якого власник відмовився чи втратив з ним зв'язок.

Про те, що майно, доступ до якого був неутруднений, має власника, що воно тимчасово з якихось причин опинилося поза увагою останнього, що власник фактично не втратив над ним контролю і завжди може його поновити, а також те, що особа, яка виявляє таке майно й заволодіває ним, фактично викрадає його, можуть свідчити такі обставини:

- індивідуальні відмінні ознаки предмета майна (тип, вид, найменування, особливості тощо), з вигляду яких винна особа в змозі визначити власника майна;
- конкретна характеристика місця перебування майна на момент його виявлення, яка дає можливість визначити (побачити, виявити) межі приватності місця знаходження майна;
- зазвичай нетривалий час, упродовж якого у винної особи визріває і реалізується намір заволодіти майном;
- причини появи майна на місці виявлення, умови та обставини його перебування там, з яких можна визначити ознаки належності майна конкретній особі та простежити її зв'язок з ним.

Про умисел на викрадення майна за аналізованих підстав може свідчити поведінка винної особи під час та після злочину. Навіть якщо ця особа до виявлення майна мала якийсь свій порядок дій, після його виявлення відмовляється від своїх планів, заволодіває майном і зникає з місця події.

Спосіб викрадення майна є таємним, одним із різновидів якого є викрадення майна у присутності інших осіб, які, на переконання винної особи, не сприймають його дії як викрадення майна. Враховуючи специфіку цього злочину, способами вилучення майна переважно виступають фізичне витягання, переміщення, видалення його з володіння власника.

4. Із фактичних обставин цієї справи, встановлених судами нижчої ланки,

засвідчується, що:

- предметом викрадення був мобільний телефон, який належить потерпілій ОСОБА_2;

- цей телефон лежав на одному зі столів (стіл № 10) комп'ютерного клубу ІНФОРМАЦІЯ_2, який був відокремлений від інших столів прозорою перегородкою;

- за комп'ютерним столом № 10 послугами клубу користувалася потерпіла ОСОБА_2;

- після того, як ОСОБА_2. закінчила користуватися комп'ютером, місце за столом № 10 відразу зайняв ОСОБА_1;

- коли ОСОБА_2 звільняла місце за столом № 10 і збирала свої речі, поруч з нею стояв ОСОБА_1. Потерпіла запам'ятала ОСОБА_1 на вигляд, а ОСОБА_1 за такими ж ознаками запам'ятав потерпілу;

- після виявлення мобільного телефону ОСОБА_1, незважаючи на свій намір користуватися послугами клубу впродовж тривалого проміжку часу (одна година), як тільки виявив на столі мобільний телефон, майже відразу (час до 5 хв.) залишив приміщення клубу;

- при виході з клубу засуджений нікому не сказав про виявлений телефон потерпілої;

- при виході з будівлі клубу засуджений побачив потерпілу, яка поверталася за телефоном;

- при зустрічі з ОСОБА_2 на виході з будинку засуджений не сказав їй, що її телефон у нього. Він відійшов у бік і почав утікати;

- присутні в клубі користувачі не зауважили, як ОСОБА_1 викрав телефон.

Зазначені фактичні обставини дають підстави вважати, що ОСОБА_1 після того, як побачив на конкретному столі комп'ютерного клубу мобільний телефон, відразу визначив, що він належить потерпілій ОСОБА_2, яка користувалася послугами клубу за цим столом, розумів, що саме вона його забула і невдовзі може (має) за ним повернутися, усвідомлював, що її повернення та фактичне поновлення контролю над своїм майном унеможливить його володіння ним, тому на противагу цьому таємно викрав телефон і з місця події зник.

5. Установлені у справі фактичні ознаки діяння збігаються з ознаками складу злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК, і зобов'язували суд касаційної інстанції погодитися з рішенням судів нижчої ланки про правильність застосування до дій ОСОБА_1 цієї норми закону. Однак було зроблено протилежний висновок.

Касаційний суд вирішив, що майно потерпілої ОСОБА_2, фактично вибуло з її законного володіння і на момент його виявлення знаходилось у бездоглядному стані. На переконання суду, на таке майно поширюється правовий режим знахідки. За статтею 337 ЦК знахідкою визнається річ, яка вибула з володіння власника чи іншої уповноваженої особи на володіння поза її волею внаслідок того, що була загублена і будь-ким була знайдена.

Загальний висновок про загублений потерпілою і знайдений засудженим мобільний телефон касаційний суд зробив лише з факту втрати потерпілою і

виявлення засудженим цього предмета. Проте це само по собі не дає однозначних підстав констатувати, що потерпіла загубила майно, а ОСОБА_1 його знайшов. Щоб визначити дійсний характер правовідносин (цивільні чи кримінальні), що виникли внаслідок цієї події, необхідно було враховувати всі її обставини.

Із обсягу та характеру фактичних обставин справи вбачається, що потерпіла тимчасово втратила контроль над своїм майном; вона знала місце, в якому залишила телефон; майно перебувало без її нагляду впродовж короткого проміжку часу; як тільки вона виявила його відсутність, відразу повернулася туди, де його залишила. Ці та інші обставини справи переконують, що ОСОБА_2 забула своє майно у знаному їй місці, а не загубила його невідомо де; вона спробувала поновити контроль над майном і поновила би, якщо б засуджений не вчинив інкримінованих йому дій.

ОСОБА_1 знав, що виявлене ним майно має власника, який йому був відомий. Знав також, що потерпілій відоме місцезнаходження телефону і що вона може за ним повернутися. Усвідомлюючи це, він таємно його викрав.

6. У контексті конкретних обставин цієї справи Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вважає за необхідне зазначити, що незаконне таємне заволодіння майна, що фактично не вийшло з володіння власника або особи, якій було ввірене, але опинилося з будь-яких причин у неналежному місці, слід розцінювати не як привласнення знахідки, а як крадіжку чужого майна.

7. У судовому рішенні, наданому для порівняння, викрадення мобільного телефону з підвіконня місцевої поліклініки, який лежав поруч із іншими речами, засуджений намагався подати як привласнення знахідки. Свою позицію обґрунтовував аргументами, подібними до тих, які касаційний суд поклав в основу виправдання ОСОБА_1. У цій справі суд не визнав мобільний телефон знахідкою, а заволодіння ним кваліфікував як таємне викрадення чужого майна.

8. Нормативне тлумачення частини першої статті 185 КК у взаємозв'язку з конкретним змістом фактичних обставин справи, правильність практики застосування цієї норми в контексті інших подібних фактичних обставин справи переконують у помилковості висновків суду касаційної інстанції, який не погодився з кваліфікацією дії засудженого за частиною першою статті 185 КК, і водночас зобов'язують скасувати це рішення як незаконне та направити справу на новий касаційний розгляд, оскільки відповідно до положень статті 400^{22} КПК 1960 року іншого способу усунення виявленого Верховним Судом України неоднакового застосування норми кримінального закону не передбачено.

Новий касаційний розгляд справи належить здійснити у повній відповідності до чинного законодавства.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 31 жовтня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 11 грудня 2014 року у справі № 5-23кс14

(рішення про правильну кваліфікацію крадіжки в аспекті розмежування її з незаконним привласненням особою знайденого майна)

Заволодіння чужим майном, яке фактично не вийшло з володіння власника, а опинилося з будь-яких причин у неналежному, але відомому йому місці (залишене чи забуте), особою, яка знала, кому належить це майно, мала підстави вважати, де знаходиться власник речі, і усвідомлювала, що він може за нею повернутися, або ж, у разі появи власника з метою поновлення свого права володіння майном, умисно перешкоджала йому в цьому, слід розцінювати не як привласнення знахідки, а як крадіжку чужого майна.

Якщо привласнення майна відбувається в адміністративних приміщеннях, пунктах здійснення розрахунково-касових операцій та інших громадських місцях з обмеженим простором, в таких випадках слід констатувати презумпцію «забутості»[1] речі її власником: у подібних випадках особа, яка привласнює річ, має розуміти, що зовнішні умови, обстановка, розташування речі свідчать про те, що вона фактично не вийшла з володіння власника, а лише залишена чи забута ним.

(Витяг)

Вироком Вінницького міського суду Вінницької області від 26 грудня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 185 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк три роки, а на підставі статті 75 КК його звільнено від відбування покарання з випробуванням на три роки іспитового строку з покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2, 3, 4 частини першої статті 76 КК.

Суд визнав ОСОБА_1 винуватим у тому, що він 19 квітня 2012 року у приміщенні комп'ютерного клубу «Скала» торговельного комплексу «СВ» місто Вінниця таємно викрав мобільний телефон «Samsung» з сім- та флеш-картами вартістю 2.699 грн., що був залишений на комп'ютерному столі попереднім відвідувачем клубу ОСОБА_2.

Апеляційний суд Вінницької області ухвалою від 28 лютого 2013 року

[1] В редакції суду.

пом'якшив покарання ОСОБА_1 до одного року позбавлення волі й погодився з рішенням суду про звільнення його від відбування покарання з випробуванням.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ - ухвалою від 12 червня 2014 року залишила зазначені рішення судів нижчестоящих інстанцій щодо ОСОБА_1 без змін.

У заяві засуджений ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 червня 2014 року та направити справу на новий касаційний розгляд. Твердить, що касаційний суд неоднаково застосував одну й ту саму норму кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, а саме: безпідставно погодився з рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій про наявність в його діянні складу злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК. Вважає, що він не викрав телефон, а знайшов.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду засуджений надав ухвали касаційного суду від 9 січня 2007 року та 16 червня 2011 року, в яких за подібних, на його думку, обставин касаційний суд дійшов протилежного висновку про те, що загублений/забутий мобільні телефони вибули з фактичного володіння власників, а тому ОСОБИ не можуть нести кримінальну відповідальність за вчинення крадіжок. У першій ухвалі касаційний суд погодився з рішенням апеляційного суду про виправдання за відсутністю в діях складу злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК, особи, яка заволоділа мобільним телефоном, випадково залишеним власником у процедурному кабінеті районної лікарні, з тих підстав, що потерпілий забув свій телефон, отже ця річ вибула з його законного володіння. Іншою - касаційний суд скасував рішення судів нижчої ланки, виправдав ОСОБУ_7 за частиною першою статті 185 КК і зазначив, що, оскільки ОСОБА_8 загубила телефон своєї матері на лавці біля під'їзду будинку, а отже він вийшов з володіння як власника, так і особи, у віданні якої знаходився, а ОСОБА_7 не був свідком втрати телефону, тому привласнення останнім загубленого телефону не може бути розцінено як вилучення цього майна з володіння власника чи особи, у віданні якої він знаходився. Крім того, касаційний суд зазначив, що неповідомлення ОСОБОЮ_7 на запитання потерпілої про знаходження телефону у нього і неповернення його не можуть свідчити про вчинення крадіжки, оскільки на час її звернення телефон уже було привласнено і той перебував уже у володінні ОСОБИ_7.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю – доповідача, засудженого ОСОБА_1, який просив задовольнити його заяву, пояснення прокурора, який вважав, що в задоволенні заяви слід відмовити, дослідила матеріали справи та матеріали провадження, обговорила вимоги заяви і дійшла висновку про таке.

1. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за

таємне викрадення чужого майна та відмежування цієї норми від привласнення майна, на яке поширюється правовий режим знахідки, визначений статтею 337 Цивільного кодексу України.

2. За нормативним визначенням крадіжка – це таємне викрадення майна, яке завідомо є чужим для винного, тобто воно перебуває у власності іншої особи, і винний не має на це майно ні дійсного, ні гаданого права.

Заволодіння майном, яке фактично не вийшло з володіння власника, а опинилося з будь-яких причин у неналежному, але відомому йому місці (залишене чи забуте), особою, яка знала, кому належить це майно, мала підстави вважати, де знаходиться власник речі, і усвідомлювала, що він може за нею повернутися, або ж, у разі появи власника з метою поновлення свого права володіння майном, умисно перешкоджала йому в цьому, слід розцінювати не як привласнення знахідки, а як крадіжку чужого майна.

Якщо привласнення майна відбувається в адміністративних приміщеннях, пунктах здійснення розрахунково-касових операцій та інших громадських місцях з обмеженим простором, в таких випадках слід констатувати презумпцію «забутості» речі її власником: у подібних випадках особа, яка привласнює річ, має розуміти, що зовнішні умови, обстановка, розташування речі свідчать про те, що вона фактично не вийшла з володіння власника, а лише залишена чи забута ним.

3. На відміну від крадіжки, привласнене майно може вважатися знахідкою лише за умов, що: а) воно вибуло з володіння власника; б) місцезнаходження цього майна власнику не відомо; в) між втратою майна та його знахідкою пройшов тривалий час, який давав власнику підстави вважати майно остаточно втраченим; г) особа, яка знайшла майно, не була очевидцем події втрати і сама не чинила будь-яких активних дій, спрямованих на вилучення майна з володіння власника; д) відсутня можливість виявлення (ідентифікації) законного власника майна.

4. Установлені у кримінальній справі щодо ОСОБА_1 обставини: знаходження телефону у відомому потерпілій місці, обізнаність ОСОБА_1, хто є власником мобільного телефону та розуміння, що потерпіла може повернутися за ним, і, дійсно, швидке повернення ОСОБА_2 до клубу, щоб поновити контроль над своїм майном, свідчили про те, що мобільний телефон, попри залишення його власницею на комп'ютерному столі без нагляду, перебував у власності ОСОБА_2, проте реалізувати це своє право вона не мала можливості через протиправні дії ОСОБА_1, який забрав телефон з комп'ютерного столу і одразу залишив місце крадіжки, а, зустрівши потерпілу на виході з торговельного комплексу, утік.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення в оспореному рішенні було зроблено правильний висновок про наявність у діях ОСОБА_1 ознак злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК.

5. У судових рішеннях, наданих для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, попри подібність із фактичними обставинами діяння, інкримінованого ОСОБА_1, отримали інакшу, відмінну кримінально-

правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норми закону відповідно до вимог пункту 1 частини першої статті 400^{12}, частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року перебуває за межами предмета перегляду справи, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити правову позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваному рішенні касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 червня 2014 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 жовтня 2013 року у справі № 5-40кс13

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій як закінченої крадіжки*)

Дії особи, яка перебувала в торговому залі і заволоділа товаром, доступ до якого був вільний, подолала (пройшла) з ним касову зону, умисно не оплатила вартість товару і відразу після цього була затримана працівниками охорони торгового закладу, не утворюють закінченої крадіжки чужого майна, а мають розцінюватись як замах на крадіжку і кваліфікуватися за частиною другою статті 15 та відповідною частиною статті 185 КК, оскільки така особа не мала реальної можливості розпорядитися товаром на свій розсуд.

(Витяг)

Вироком Броварського міськрайонного суду Київської області від 28 січня 2013 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, уродженця ІНФОРМАЦІЯ 2, громадянина України, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 185 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді штрафу в розмірі 1020 грн.

ОСОБА 1 визнано винуватим у тому, що він 2 грудня 2012 року, перебуваючи на території торгового залу ІНФОРМАЦІЯ 3, таємно викрав чоловічу куртку вартістю 810 грн. Приховуючи товар, ОСОБА 1 подолав касову зону без оплати його вартості та попрямував до виходу з магазину, але був зупинений співробітниками охорони.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 1 квітня 2013 року вирок щодо ОСОБА 1 залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 18 червня 2013 року погодилась із висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА 1 і на підставі частини другої статті 428 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) відмовила у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою прокурора.

У заяві про перегляд вищевказаної ухвали суду касаційної інстанції заступник Генерального прокурора України зазначає, що дії ОСОБА 1, який таємно заволодів чужим майном, але одразу після цього був викритий, через що так і не отримав реальної можливості розпорядитися чи скористатися ним, неправильно кваліфіковано як закінчений злочин, передбачений частиною першою статті 185 КК. На обґрунтування заяви прокурор надає копію ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 листопада 2011 року, якою залишено без зміни вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 3 листопада 2010 року та ухвалу апеляційного суду Хмельницької області від 18 січня 2011 року щодо ОСОБА 2. Останнього засуджено за те, що він, крім іншого, намагався таємно викрасти з крамниці пляшку алкогольного напою, яку сховав під свій одяг, але, пройшовши повз касу, був затриманий працівниками охорони. Такі дії ОСОБА 2 кваліфіковано за частиною другою статті 15 і частиною першою статті 185 КК.

Також на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні заявник долучає копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року, якою вирок Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 16 березня 2010 року щодо ОСОБА 3 змінено в частині покарання, призначеного йому за частиною другою статті 15 і частиною першою статті 185 КК. Як визнано доведеним, ОСОБА 3 намагався вчинити крадіжку сумки для відеокамери з приміщення супермаркету, але, прямуючи до виходу, був так само затриманий співробітниками охорони.

Прокурор вважає, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував одні й ті самі норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення, і з цих підстав просить ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 червня 2013 року щодо ОСОБА 1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи і дійшла висновку, що заява підлягає задоволенню з огляду на таке.

Згідно зі статтею 444 КПК Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених

цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 КПК підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду даної справи є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо визначення стадії вчинення злочину та кваліфікації дій особи, спрямованих на таємне викрадення чужого майна.

За змістом оспореного та наданих для порівняння судових рішень засуджені протиправно таємно заволоділи товаром, подолавши ділянку розташування каси без оплати його вартості, але на виході з торговельного закладу їх затримали співробітники охорони.

Однак, за схожих фактичних обставин подібні суспільно небезпечні діяння отримали різну кримінально-правову оцінку касаційного суду.

У кримінальній справі щодо ОСОБА 1 суд касаційної інстанції погодився з висновком про те, що, перетнувши касовий простір з викраденим товаром, засуджений отримав реальну можливість розпоряджатися ним на власний розсуд, тому вважав правильною кваліфікацію його дій як закінченого злочину, передбаченого частиною першою статті 185 КК.

Натомість, правова позиція касаційного суду, виражена в судових рішеннях, наданих для порівняння, зводиться до того, що ОСОБА 2 і ОСОБА 3, які таємно заволоділи товаром і перетнули касову зону, виконали усі дії, які вважали необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, що не залежали від їх волі, оскільки на виході їх затримали співробітники охорони, через що вони так і не отримали реальної можливості скористатися чи розпорядитися цим майном. Відповідно, касаційний суд підтримав кваліфікацію дій засуджених за частиною другою статті 15 і частиною першою статті 185 КК як закінченого замаху на крадіжку.

Крадіжка (таємне викрадення чужого майна), відповідальність за яку передбачена статтею 185 КК, вважається закінченою з моменту, коли винна особа вилучила майно і отримала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним. Якщо особа, котра протиправно заволоділа майном, такої реальної можливості не мала, її дії слід розглядати залежно від обставин справи як закінчений чи незакінчений замах на вчинення крадіжки.

Згідно з частиною другою статті 15 КК замах на вчинення злочину є закінченим, якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, які не залежали від її волі.

Нормативне визначення закінченого і незакінченого злочину в поєднанні з фактичними обставинами справи, щодо яких касаційний суд постановив оспорену ухвалу, дають підстави дійти висновку про те, що дії особи, яка перебувала в торговому залі і заволоділа товаром, доступ до якого був вільний, подолала (пройшла) з ним касову зону, умисно не оплатила вартість товару і

відразу після цього була затримана працівниками охорони торгового закладу, не утворюють закінченої крадіжки чужого майна, а мають розцінюватись як замах на крадіжку і кваліфікуватися за частиною другою статті 15 та відповідною частиною статті 185 КК, оскільки така особа не мала реальної можливості розпорядитися товаром на свій розсуд.

Відповідно до частини першої та другої статті 455 КПК Верховний Суд України задовольняє заяву в разі наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої ст. 445 КПК. В ухвалі про задоволення заяви Верховний Суд України має зазначити про визнання незаконним судового рішення касаційного суду і постановити рішення про його скасування повністю чи частково або про його зміну; ухвалює нове рішення або направляє справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції. У мотивувальній частині ухвали наводиться обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції щодо оспореного питання правозастосування. У разі постановлення нового судового рішення в ухвалі Верховного Суду України має міститися висновок про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Суд касаційної інстанції на етапі (стадії) відкриття касаційного провадження постановив оспорену ухвалу, вважаючи, що з касаційної скарги, наданих до неї судових рішень та інших документів, вбачається, що підстав для задоволення скарги немає. У касаційній скарзі, щодо якої була постановлена ця ухвала, стверджувалось про неправильне застосування матеріального закону, наводилося обґрунтування на підтвердження своєї позиції і ставилася вимога про задоволення скарги. Касаційний суд, не погоджуючись із скаргою прокурора, по суті висловив правову позицію щодо кримінально правової кваліфікації дій ОСОБА 1, яка не відрізняється від кваліфікації його дій судами нижчої ланки.

Рішення касаційного суду є остаточним і таким, що фактично завершує стадію касаційного провадження.

Зазначене у своїй сукупності дає підстави вважати, що оспорена ухвала підлягає скасуванню із направленням справи на касаційний розгляд, оскільки постановити нове рішення у цій справі без втручання в рішення судів нижчої ланки, зокрема в питанні визначення виду і розміру покарання, процесуально неможливо. Процесуальне обмеження щодо постановлення нового рішення унеможливлює розміщення в резолютивній частині ухвали правового висновку, сформульованого в її мотивувальній частині.

Керуючись статтями 445, 454, 455 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 червня 2013 року щодо ОСОБА 1 скасувати, а справу направити на касаційний розгляд.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 25 червня 2015 року
у справі № 5-96кс15

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій як закінченої крадіжки*)

Винуватий проник до офісного приміщення, заволодів майном потерпілого, і саме в той момент, як тільки він вистрибнув із вікна приміщення і почав тікати з викраденим, зразу був затриманий працівниками міліції. Такі діяння за своїми ознаками не становлять закінченої крадіжки чужого майна, оскільки винуватий фактично не мав реальної можливості розпорядитися викраденим на свій розсуд.

(Витяг)

Вироком Луцького міськрайонного суду Волинського області від 11 квітня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною третьою статті 185 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк три роки.

ОСОБА_1 засуджено за те, що він у ніч з 13 на 14 жовтня 2013 року, діючи повторно, проник в офісне приміщення за АДРЕСА_1 звідки таємно викрав належне ОСОБА_2 майно на загальну суму 172 гривні. Коли він залишав приміщення через вікно і намагався втекти з викраденим, то був затриманий працівниками міліції.

Апеляційний суд Волинської області ухвалою від 10 червня 2014 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Касаційний суд - колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – за наслідками перегляду ухвалою від 26 лютого 2015 року зазначені судові рішення щодо ОСОБА_1 змінив: виключив з мотивувальної частини вироку та ухвали посилання суду на певні докази винуватості ОСОБА_1.

Приводом перегляду справи Верховним Судом України (далі - Суд) стала заява прокурора, а підставами – твердження в заяві про неоднакове застосування касаційним судом однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень та невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в ухвалі Суду. На думку прокурора, злочин, який вчинив засуджений ОСОБА_1, слід кваліфікувати за частиною другою статті 15, частиною третьою статті 185 КК як закінчений замах на викрадення чужого майна, вчинений повторно та поєднаний з проникненням у сховище, бо засуджений був затриманий з викраденим і не міг ним розпорядитись.

Як приклад неоднакового правозастосування прокурор посилається на ухвалу касаційного суду від 25 березня 2014 року, зі змісту якої вбачається, що вироком місцевого суду особу визнано винною в тому, що в період часу з 23 години 7 травня 2013 року до 5 години 8 травня 2013 року, перебуваючи у стані алкогольного сп’яніння, діючи повторно, через незачинену хвіртку ця особа проникла до домоволодіння потерпілої ОСОБА_3, звідки таємно викрала

металеву драбину вартістю 155 гривень, після чого з місця події зникла.

Крім того, ця сама особа, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, діючи повторно, 11 червня 2013 року приблизно о 4 годині проникла до приміщення гаража, розташованого на території Богданівської школи, звідки таємно викрала майно, що належало потерпілому ОСОБА_4, на загальну суму 1410 гривень, та слюсарні лещата вартістю 113 гривень, що належали Богданівській школі, але на виході з приміщення гаража була затримана сторожем, який викликав працівників міліції. Вказані дії особи місцевий суд кваліфікував за частиною третьою статті 185 КК.

Однак касаційний суд вирок місцевого суду змінив: перекваліфікував дії особи за першим епізодом з частини третьої статті 185 КК на частину другу статті 185 КК, а за другим епізодом - з частини третьої статті 185 КК на частину другу статті 15, частину третю статті 185 КК.

Отже, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ дійшла висновку, що цей злочин необхідно кваліфікувати за частиною другою статті 15, частиною третьою статті 185 КК як закінчений замах на викрадення чужого майна, вчинений повторно та поєднаний з проникненням у сховище, оскільки особа проникла до приміщення гаража і намагалася заволодіти майном потерпілого ОСОБА_4 та слюсарними лещатами, що належали школі, але злочин не довела до кінця з причин, що не залежали від її волі, оскільки була затримана сторожем, який викликав працівників міліції.

Так, на думку прокурора, наявний факт неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Крім того, на обґрунтування своєї заяви прокурор надав ухвалу Суду (справа 5-40кс13), де наведено висновки про розмежування закінченого складу крадіжки та замаху на неї (без кваліфікуючих ознак), що, відповідно до вимог статті 458 Кримінального процесуального кодексу України (далі - КПК) має обов'язково бути враховано судами при ухваленні рішень.

Отже, на думку прокурора, має місце невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в ухвалі Суду.

У своїй заяві прокурор просить судові рішення щодо ОСОБА_1. змінити, кваліфікувавши дії засудженого за частиною другою статті 15, частиною третьою статті 185 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора і захисника Коваленко Є.В., які підтримали заяву, дослідила матеріали кримінальної справи і матеріали провадження, обговорила вимоги, зазначені в заяві, та дійшла висновку про таке.

Суд переглядає ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2015 року щодо ОСОБА_1 у зв'язку з

наявністю підстав, передбачених пунктами 1 і 3 частини першої статті 445 КПК.

У кримінальній справі, в якій оспорюється судове рішення касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1 проник в офісне приміщення, звідки таємно викрав чуже майно, а коли засуджений вистрибнув із вікна і намагався втекти, то був затриманий працівниками міліції.

Однак у судовому рішенні, наданому як приклад неоднакового правозастосування, встановлено, що особа, яка проникла до гаража і після вчинення крадіжки намагалася його покинути, при виході була затримана сторожем, тому винуватий не зміг реально скористатися чи розпорядитися викраденим майном. Касаційний суд дійшов висновку, що такі дії засудженого слід розцінювати як закінчений замах на крадіжку і кваліфікувати за частиною другою статті 15 і частиною першою статті 185 КК.

Зіставлення правових висновків оскарженого та порівнюваного судових рішень свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Суд уже висловлював свою правову позицію щодо цього питання (справа 5-40кс13). Висновок Суду зводився до того, що крадіжка вважається закінченою з моменту вилучення майна і реальної можливості розпоряджатися ним як своїм власним: продати, сховати, подарувати, використати на свої потреби та інше. Якщо такої можливості у винуватого не було, то вчинене повинно розцінюватись як замах на крадіжку і кваліфікуватися за частиною другою статті 15, статтею 185 КК.

Нормативне визначення закінченого і незакінченого злочину в поєднанні з фактичними обставинами справи, щодо яких касаційний суд постановив оспорювану ухвалу, дають підстави дійти висновку, що оскільки ОСОБА_1 (як установлено судами факту) проник до офісного приміщення, заволодів майном потерпілого, і саме в той момент, як тільки він вистрибнув із вікна приміщення і почав тікати з викраденим, зразу був затриманий працівниками міліції. Такі діяння за своїми ознаками не становлять закінченої крадіжки чужого майна, бо винуватий фактично не мав реальної можливості розпорядитися викраденим на свій розсуд.

Аналіз фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, інкримінованого ОСОБА_1, в оспорюваному рішенні у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння щодо винуватого у рішенні, наданому для порівняння, та зазначеному висновку Суду (справа 5-40кс13) дають підстави вважати, що суд касаційної інстанції припустився помилки у кваліфікації дій ОСОБА_1.

Відповідно до положень пункту 3 частини другої статті 455 КПК за наявності підстав, передбачених пунктами 1-3 частини першої статті 445 цього Кодексу, Суд має право змінити судове рішення (судові рішення), не передаючи справу на новий розгляд.

Оскільки у даній кримінальній справі встановлено помилковість висновків

суду касаційної інстанції, то Суд вважає за необхідне змінити це судове рішення та рішення судів нижчої ланки.

Керуючись статтями 453, 454, 455 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2015 року, ухвалу апеляційного суду Волинської області від 10 червня 2014 року та вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 11 квітня 2014 року щодо ОСОБА_1 змінити: перекваліфікувати його дії з частини третьої статті 185 на частину другу статті 15, частину третю статті 185 КК та призначити йому покарання у виді позбавлення волі на строк три роки.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 29 жовтня 2015 року у справі № 5-98кс15

(рішення про неправильне визначення кваліфікуючих ознак крадіжки залежно від розміру завданої шкоди)

Визначаючи кваліфікуючі ознаки крадіжки залежно від розміру заподіяної шкоди, а саме: «що завдала значної шкоди потерпілому» (частина третя статті 185 КК); «вчинена у великих розмірах» (частина четверта статті 185 КК) та «вчинена в особливо великих розмірах» (частина п'ята статті 185 КК), суд повинен виходити із передбачених у примітці статті 185 КК кількісних показників неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, сума якого, відповідно до положень пункту 5 підрозділу 1 розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України для норм кримінального законодавства в частині кваліфікації кримінальних правопорушень, встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 розділу IV цього Кодексу для відповідного року.

(Витяг)

Баранівський районний суд Житомирської області вироком від 27 червня 2013 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_2.1, неодноразово судимого, останній раз 8 грудня 2005 року Ірпінським міським судом Київської області за частиною другою статті 189, статтею 71 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки шість місяців, засудив за: частиною третьою статті 185 КК до покарання у виді

позбавлення волі на строк чотири роки; частиною п'ятою статті 185 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк сім років чотири місяці з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; частиною третьою статті 15 частиною третьою статті 186 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки три місяці; частиною третьою статті 186 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк п'ять років; частиною третьою статті 187 КК до покарання у виді позбавлення на строк сім років шість місяців з конфіскацією S майна, яке є його власністю; частиною другою статті 262 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк п'ять років шість місяців.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1.1 призначено покарання у виді позбавлення волі на строк сім років шість місяців з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

На підставі статті 71 КК за сукупністю вироків ОСОБА_1.1 призначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк вісім років шість місяців з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

За частиною першою статті 263, частиною другою статті 15 частиною третьою статті 185 КК ОСОБА_1.1 виправдано за недоведеністю його участі у вчиненні цих злочинів.

Цим же вироком засуджено ОСОБА_2.1, ОСОБА_3.1 та ОСОБА_4.1, питання про перегляд судових рішень щодо яких не порушується.

Суд визнав ОСОБА_1.1 винуватим у тому, що він вночі 26 липня 2006 року в ІНФОРМАЦІЯ_3.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 проник до адміністративного приміщення приватного підприємця ОСОБА_5.1, звідки викрав карабін «Сайга» калібром 7,62 мм, який є нарізною мисливською зброєю.

21 серпня 2006 року приблизно о 18 годині в ІНФОРМАЦІЯ_4.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 проникли до приміщення контори Овруцького щебневого заводу Гомельського міського будівельно-ремонтного тресту, де з кабінету директора повторно таємно викрали гроші в сумі 12 000 гривень, які належали ОСОБА_6.1, з кабінету бухгалтера – монітор марки «Самсунг» вартістю 1910 гривень та з кабінету касира – гроші в сумі 6349 гривень 91 копійку, які належали заводу.

8 листопада 2006 року приблизно о 23 годині 30 хвилин в ІНФОРМАЦІЯ_5.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 проникли до приміщення ЗАТ «Корнинський кар'єр «Леопард», де з кабінету касира повторно таємно викрали належні товариству гроші в сумі 2379 гривень 49 копійок.

8 листопада 2007 року приблизно о 1 годині ночі в ІНФОРМАЦІЯ_6.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 та невстановленою слідством особою проникли до приміщення НВК «Агро-центр», де з кабінету бухгалтера викрали належні ОСОБА_7.1 гроші в сумі 20 400 гривень. Дії ОСОБА_1.1, ОСОБА_2.1 та невстановленої слідством особи були виявлені охоронцями ОСОБА_8.1 та ОСОБА_9.1, до яких співучасники застосували насильство, яке не було небезпечним для життя чи здоров'я потерпілих. Зв'язавши охоронцям руки та ноги клейкою стрічкою, злочинці продовжили

свої дії, намагаючись проникнути до каси, де знаходилися гроші в сумі 13 019 гривень 49 копійок, однак спрацювала сигналізація і вони вимушені були втекти.

18 грудня 2007 року приблизно о 24 годині ночі в ІНФОРМАЦІЯ_7.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 та невстановленою слідством особою проникли до приміщення ДП «Червоненський завод продтоварів», де з кабінету бухгалтерії повторно таємно викрали належні підприємству гроші в сумі 900 гривень та кредитну пластикову картку ОСОБА_10.1, на рахунку якої було 81 гривня 84 копійки.

20 грудня 2007 року приблизно о 21 годині в ІНФОРМАЦІЯ_8.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою із ОСОБА_2.1 та невстановленою слідством особою увійшли до будівлі Зубківського лісництва ДП «Білокоровицьке лісове господарство», де, застосувавши до охоронця ОСОБА_11.1 насильство, яке не було небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, зв'язали йому руки та ноги. Після цього співучасники проникли до кабінетів лісничого та головного бухгалтера, звідки викрали належні лісництву гроші в сумі 12 711 гривень 20 копійок, а також гроші в сумі 760 гривень, 1280 гривень, 260 гривень та 200 гривень, які належали відповідно ОСОБА_12.1, ОСОБА_13.1, СОБА_14.1 та ОСОБА_15.1

Того ж дня приблизно о 23 годині 30 хвилин у ІНФОРМАЦІЯ_9.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою із ОСОБА_2.1 та невстановленою слідством особою з метою заволодіння чужим майном вчинили напад на адміністративну будівлю ДП «Білокоровицьке лісове господарство», де, погрожуючи кочегару ОСОБА_16.1 застосуванням насильства, небезпечного для його життя та здоров'я, та, застосувавши до охоронця ОСОБА_17.1 насильство, яке було небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, намагалися проникнути до кабінету головного бухгалтера та викрасти майно підприємства, однак спрацювала сигналізація і вони були вимушені втекти з місця вчинення злочину.

7 лютого 2008 року приблизно о 24 годині ночі в ІНФОРМАЦІЯ_10.1 ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з ОСОБА_2.1 та невстановленою слідством особою проникли до приміщення Клавдієве-Тарасівської селищної ради, де зі службових кабінетів повторно таємно викрали належне селищній раді майно на загальну суму 22 522 гривні 23 копійки.

Апеляційний суд Житомирської області ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах від 22 вересня 2014 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1.1 залишив без змін.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах від 11 березня 2015 року рішення судів нижчих інстанцій щодо ОСОБА_1.1 залишив без зміни.

У заяві засуджений ОСОБА_1.1 порушує питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 березня 2015 року щодо нього з підстави неоднакового застосування судом касаційної

інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Просить скасувати оскаржувану ухвалу касаційного суду щодо нього, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції. На думку засудженого ОСОБА_1.1, суд касаційної інстанції у справі щодо нього неправильно застосував положення примітки до статті 185 КК щодо визначення розміру заподіяної шкоди, що привело до неправильної кваліфікації його дій за частиною п'ятою статті 185 КК. Крім того, заявник указує на допущені судами всіх інстанцій порушення вимог кримінального процесуального закону, у тому числі положень статті 275 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), які вплинули на законність та обґрунтованість прийнятих судових рішень.

На підтвердження неоднакового застосування судами касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, засуджений додав до заяви такі рішення касаційного суду:

- ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 квітня 2007 року, якою вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 змінено: виключено обвинувачення у вчиненні 1 лютого 2005 року крадіжки у сумі 77 гривень та закрито провадження за частиною другою статті 185 КК на підставі пункту 2 частини першої статті 6 КПК 1960 року у зв'язку з відсутністю в діях ОСОБА_1 складу злочину;

- ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2008 року, якою вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 змінено: перекваліфіковано дії ОСОБА_1 з частини третьої на частину першу статті 185 КК;

- ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 жовтня 2008 року, якою вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 квітня 2012 року, якою касаційну скаргу потерпілої ОСОБА_5 залишено без задоволення, а вирок суду першої інстанції та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_6, ОСОБА_7 та ОСОБА_8 – без зміни;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 вересня 2011 року, якою ухвалу суду апеляційної інстанції щодо ОСОБА_12, ОСОБА_13, ОСОБА_7, ОСОБА_10 скасовано, а справу направлено на новий апеляційний розгляд;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 лютого 2015 року, якою вирок місцевого суду та ухвалу суду апеляційної інстанції щодо ОСОБА_7 за частиною першою статті 115 КК змінено: виключено посилання на недопустимі докази;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 2 квітня 2015 року, якою вирок місцевого суду та ухвалу суду апеляційної інстанції щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_3 за частиною другою статті 186, частиною другою статті 187 КК змінено: виключено посилання на недопустимі докази.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, захисника, який висловив доводи на підтримання заяви засудженого, прокурора про задоволення заяви засудженого частково, який вважав, що рішення касаційного суду підлягає скасуванню, а справа – направленню на новий розгляд до суду касаційної інстанції, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви й дійшла висновку про таке.

1. Справа про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 березня 2015 року щодо ОСОБА_1.1 допущена до провадження Суду за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК).

У своїй практиці Суд уже неодноразово охарактеризовував свої можливості (повноваження) щодо ревізії та втручання в рішення касаційного суду з питань неоднакового застосування норм закону про кримінальну відповідальність в аспекті положень пункту 1 статті 445 КПК. У цьому зв'язку Суд нагадує, що до його компетенції не входить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанцій. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень.

З огляду наведеного, за загальним правилом, Суд не може ставити під сумнів встановлення фактів справи, але має повноваження піддавати сумніву правильність тлумачення та застосування судом касаційної інстанції норм матеріального чи процесуального права виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

2. Повертаючись до оспореного рішення, Суд убачає, що безпосередній об'єкт посягання, інкримінованих ОСОБА_1.1 злочинів, становлять суспільні відносини власності, що охороняються кримінальним законом, як частина економічних відносин, як основа економічної системи держави. Юридичним вираженням цих відносин власності є право власності, яке є правом власника на володіння, користування та розпорядження своїм майном за своєю волею незалежно від волі інших осіб. Суб'єктами права власності виступали фізичні та юридичні особи, а також територіальні громади. Суд також убачає, що певні елементи зазначених охоронюваних кримінальним законом відносин, їх соціальне призначення в цих правовідносинах, як-то: суб'єкти та предмети відносин; зміст та особливість соціального зв'язку уподібнюють їх із правовідносинами, які були об'єктом посягання ОСОБИ_1 та ОСОБИ_6, ОСОБИ_7, ОСОБИ_8 у рішеннях касаційного суду відповідно від 24 січня 2008 року та 26 квітня 2012 року.

З огляду на це Суд в контексті заявлених вимог та фактичних обставин

справи має надати відповідь на те, чи однакового застосовано норми, передбачені в примітці до статті 185 КК законом України щодо визначення кваліфікуючих ознак крадіжки залежно від розміру заподіяної шкоди, в оспореному рішенні та рішеннях наданих для порівняння.

3. Стаття 185 КК встановлює кримінальну відповідальність за крадіжку. Диспозиція частини першої статті 185 КК має описовий характер, вона містить найбільш суттєві ознаки злочину – таємне викрадення чужого майна.

У чинному кримінальному законі відповідальність за вчинення крадіжки є глибоко диференційованою, у тому числі за ознакою вартості викраденого майна.

За цією ознакою виділяється крадіжка, що завдала значної шкоди, шкоди у великому та особливо великому розмірах. Така диференціація кримінальної відповідальності відображена відповідно у частинах: третій, якою передбачено відповідальність за крадіжку з кваліфікуючою ознакою «що завдала значної шкоди потерпілому»; четвертій, якою передбачено відповідальність за крадіжку з кваліфікуючою ознакою «вчинена у великих розмірах», та п’ятій статті 185 КК, якою передбачено відповідальність за крадіжку з кваліфікуючою ознакою «вчинена в особливо великих розмірах».

У чинному законі України про кримінальну відповідальність розмір заподіяної крадіжкою шкоди визначається кількісними показниками, передбаченими у примітці до статті 185 КК.

Так, згідно з приміткою до статті 185 КК: значна шкода визнається із врахуванням матеріального становища потерпілого та якщо йому спричинені збитки на суму від ста до двохсот п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; у великих розмірах визнається злочин, вчинений на суму, яка в двісті п’ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину; в особливо великих розмірах визнається злочин, вчинений на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

Відповідно до положень пункту 5 підрозділу 1 Розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України, якщо норми інших законів містять посилання на неоподатковуваний мінімум доходів громадян, то для цілей їх застосування використовується сума в розмірі 17 гривень, крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 Розділу IV цього Кодексу для відповідного року.

На час вчинення ОСОБА_1.1 інкримінованих крадіжок, за які його засуджено, соціальна пільга дорівнювала 50 відсотків розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року, який в свою чергу встановлюється законом про Державний бюджет України.

Вироком Баранівського районного суду Житомирської області від 27 червня 2013 року ОСОБА_1.1 визнано винуватим та засуджено за крадіжки,

вчинені повторно, за попередньою змовою групою осіб, поєднані з проникненням у приміщення: 21 серпня 2006 року, 8 листопада 2006 року, 18 грудня 2007 року, 20 грудня 2007 року та 7 лютого 2008 року.

Із встановлених та визнаних судом доведеними обставин справи убачається, що жоден із цих злочинів, який характеризується вчиненням таємного викрадення чужого майна, не заподіяв матеріальної шкоди, яка б дозволяла кваліфікувати вчинене як крадіжку, вчинену в особливо великих розмірах.

У зазначеному вироку суд дійшов висновку про вчинення засудженим злочинів за попередньою змовою групою осіб, а не у складі організованої групи. При цьому суд залишив кваліфікацію дій усіх засуджених за частиною п'ятою статті 185 КК за кваліфікуючою ознакою – крадіжка, вчинена в особливо великих розмірах, не конкретизуючи, яких епізодів крадіжок це стосується.

Згідно з частиною другою статті 32 КК повторність, передбачена частиною першої цієї статті, відсутня при вчиненні продовжуваного злочину, який складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром.

Із вироку видно, що ОСОБА_1.1 не було визнано винуватим у вчиненні продовжуваного злочину. У мотивувальній частині вироку відсутній аналіз змісту ознак, котрі характеризують вчинене діяння як продовжуваний злочин.

Залишаючи вирок місцевого суду та ухвалу суду апеляційної інстанції щодо ОСОБА_1.1 без змін, касаційний суд в ухвалі від 11 березня 2015 року зробив висновок, що кваліфікація дій ОСОБА_1.1, у тому числі за частиною п'ятою статті 185 КК, відповідає висновкам суду щодо встановлених у справі обставин вчинення злочинів.

У рішенні колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2008 року, перекваліфіковуючи дії ОСОБА_1 з частини третьої та частину першу статті 185 КК, касаційний суд зазначив, що згідно з приміткою до статті 185 КК крадіжка визнається такою, що завдала значної шкоди потерпілому, якщо йому спричинені збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і на час вчинення злочину в 2006 році ця сума становила від 17 500 до 43 750 гривень, а крадіжку ОСОБА_1 вчинив на суму 1720 гривень.

В ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 квітня 2012 року касаційний суд визнав необґрунтованими доводи потерпілої про необхідність кваліфікації дій засуджених за частиною п'ятою статті 185 КК, оскільки розмір заподіяної шкоди, на її думку, необхідно було обчислювати виходячи із неоподатковуваного мінімуму доходів у розмірі 17 гривень, а не у розмірі соціальної пільги.

Тобто при розгляді наведених справ касаційний суд застосував положення примітки до статті 185 КК щодо кількісного показника неоподатковуваного мінімуму в розмірі на час вчинення злочинів, а у справі щодо ОСОБА_1.1 суд, визначаючи в діях засудженого кваліфікуючу ознаку крадіжки – «вчинена в

особливо великих розмірах», не застосував норму, яка визначає кваліфікуючі ознаки крадіжки залежно від розміру заподіяної шкоди.

Наведене свідчить про неоднакове застосування однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Що стосується рішень касаційного суду від 10 лютого 2005 року, 24 квітня 2007 року, 21 жовтня 2008 року, 11 вересня 2011 року та 2 квітня 2015 року, доданих до заяви, то вони не можуть бути порівнювані з рішенням касаційного суду щодо ОСОБА_1.1

В ухвалі колегії судів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 квітня 2007 року касаційний суд зазначив, що вартість викраденого майна в сумі 77 гривень не перевищує трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що є дрібним викраденням. Питання відмежування дрібного викрадення чужого майна від крадіжки регулюються нормами Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Додані рішення касаційного суду від 21 жовтня 2008 року та 11 вересня 2011 року не містять висновку щодо правозастосування норм, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, оскільки наведеними рішеннями скасовано рішення судів нижчих інстанцій, а справи направлено на новий судовий та новий апеляційний розгляд відповідно.

У рішеннях касаційного суду від 10 лютого 2005 року та 2 квітня 2015 року немає висновків щодо правозастосування норми кримінального закону, про неоднакове застосування якої порушено питання у заяві.

Правильність застосування норми, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, щодо визначення кваліфікуючих ознак крадіжки залежно від розміру заподіяної шкоди у даній конкретній справі щодо ОСОБА_1.1 пов’язано з межами судового розгляду, про що заявник і зазначав у заяві, однак розгляд цього питання не входить до повноважень Верховного Суду України під час перегляду судових рішень за процедурою, передбаченою пунктом 1 частини першої статті 445 КПК, й може бути перевірено під час нового розгляду справи у суді касаційної інстанції.

Тому, у зв’язку з неправильним застосуванням зазначеної норми, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, ухвала касаційного суду щодо ОСОБА_1.1 підлягає скасуванню, а справа – направленню на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Згідно зі статтею 455 КПК у постанові, ухваленій за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з підстав, передбачених пунктами 1 і 2 частини першої статті 445 цього Кодексу, має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, що була неоднаково застосована.

При визначенні кваліфікуючих ознак крадіжки залежно від розміру заподіяної шкоди, а саме: «що завдала значної шкоди потерпілому» (частина третя статті 185 КК); «вчинена у великих розмірах» (частина четверта статті 185 КК) та «вчинена в особливо великих розмірах» (частина п’ята статті 185

КК), суд повинен виходити із передбачених у примітці до статті 185 КК кількісних показників неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, сума якого, відповідно до положень пункту 5 підрозділу 1 Розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України для норм кримінального законодавства в частині кваліфікації кримінальних правопорушень, встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 Розділу IV цього Кодексу для відповідного року.

Керуючись статтями 453, 454, 455 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву засудженого ОСОБА_1.1 задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 березня 2015 року щодо ОСОБА_1.1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова Верховного Суду України є остаточною і може бути оскаржена тільки з підстави, передбаченої пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 31 січня 2013 року у справі № 5-33кс12

(рішення про правильну кваліфікацію крадіжки грошей з банкомату без кваліфікуючої ознаки «з проникненням у сховище»)

Всі банківські операції з використанням платіжної картки здійснюються її держателем, у тому числі особою, яка знайшла (викрала) цю банківську платіжну картку, на підставі та в межах договору, укладеного між банком-емітентом і клієнтом-держателем платіжної картки. Вставляючи картку до банкомату та проводячи відповідні операції з клавіатурою, винна особа безпосередньо отримує доступ не до сейфового відділення банкомату, а зв'язується з операційною системою банку-емітента, отримує доступ до рахунку і дає банку вказівку провести певну операцію. Фізичного проникнення до сховища (сейфу банкомату) не відбувається, як це, наприклад, має місце у випадку зламу такого банкомату.

На відміну від «засобів»[1], що дозволяють винній особі викрадати майно із приміщення, сховища чи житла без входу до них (гачок, шланг, надресирована тварина), банківська платіжна картка є засобом доступу до банківського рахунку, що існує в електронній формі, а не засобом доступу до сховища.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення суд

[1] В редакції суду.

касаційної інстанції зробив правильний висновок про відсутність у діях винуватого кваліфікуючої ознаки крадіжки, поєднаної з проникненням у сховище.

(Витяг)

Вироком Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 10 лютого 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості на підставі ст. 89 Кримінального кодексу України, засуджено за: частиною третьою статті 185 Кримінального кодексу України на чотири роки позбавлення волі; частиною першою статті 309 Кримінального кодексу України. На один рік позбавлення волі, на підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів йому остаточно призначено чотири роки позбавлення волі, а на підставі статті 75 Кримінального кодексу України його звільнено від відбування покарання з випробуванням на два роки іспитового строку та покладено обов'язки, передбачені пунктами 2, 3, 4 статті 76 Кримінального кодексу України.

ОСОБА_1, крім іншого, визнано винуватим у тому, що він 20 серпня 2011 року у стані сп'яніння, перебуваючи у квартирі ОСОБА_2 по вул. ІНФОРМАЦІЯ_2, таємно викрав банківську картку останньої з пін-кодом до неї, використовуючи які, того ж дня проник до банкомату «Першого українського міжнародного банку» і таємно викрав 3700 гривень, що належали потерпілій.

В апеляційному порядку кримінальна справа щодо ОСОБА_1 не переглядалася.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 27 вересня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1 змінила у порядку статті 395 Кримінально-процесуального кодексу України: виключила кваліфікуючу ознаку проникнення у сховище, злочинні дії засудженого перекваліфікувала з частини третьої статті 185 Кримінального кодексу України на частину першу статті 185 Кримінального кодексу України, постановила вважати його засудженим за цим законом на два роки позбавлення волі, на підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів, передбачених частиною першою статті 185 і частиною першою статті 309 Кримінального кодексу України, призначила остаточне покарання – два роки позбавлення волі, на підставі статті 75 Кримінального кодексу України його звільнила від відбування покарання з випробуванням на два роки іспитового строку та покладено обов'язки, передбачені пунктами 2, 3, 4 статті 76 Кримінального кодексу України. У решті вирок залишено без змін.

Свій висновок про відсутність у діях ОСОБА_1 кваліфікуючої ознаки проникнення у сховище, суд касаційної інстанції мотивував тим, що згідно з частиною третьою статті 185 Кримінального кодексу України заволодіння чужим майном шляхом проникнення, зокрема, у сховище чи інше приміщення, передбачає, що винна особа для реалізації свого корисливого мотиву, долаючи перешкоди або безперешкодно, таємно безпосередньо вторгається (потрапляє)

всередину цього сховища, або ж досягає задуманого за допомогою різних способів, які дозволяють викрасти майно з приміщення без входу до нього. На думку колегії суддів, ОСОБА_1, викрадаючи гроші потерпілої, не вдавався до зазначених дій, а використав платіжну картку, тобто спеціальний платіжний засіб, за допомогою якого ініціював отримання коштів у готівковій формі в касі банку через банківський автомат відповідно до договору, укладеного між власником картки та банком. Унаслідок ініційованої операції банкомат видав належні потерпілій гроші, якими засуджений фактично без проникнення у банкомат заволодів.

У заяві про перегляд Верховним Судом України ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 вересня 2012 року з підстави неоднакового застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, заступник Генерального прокурора України посилається на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 січня 2012 року, якою залишено без змін вирок Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 11 липня 2011 року та вирок апеляційного суду Донецької області від 30 вересня 2011 року про засудження ОСОБА_3 за частиною третьою статті 185 Кримінального кодексу України.

Зазначеними судовими рішеннями ОСОБА_3 було визнано винуватим у тому, що він 8 січня 2011 року шляхом вільного доступу проник до кімнати ОСОБА_4 по вул. ІНФОРМАЦІЯ_3, звідки таємно викрав банківську платіжну картку, використовуючи яку як ключ доступу до банківського рахунку, шляхом проведення транзакції через термінал банкомату «Першого українського міжнародного банку» проник у сховище грошових коштів і заволодів 350 гривнями, що належали ОСОБА_4.

Прокурор вважає, що у наведених справах має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, оскільки ОСОБА_1 і ОСОБА_3 було пред'явлено однакове обвинувачення у тому, що вони проникли до сховищ грошових коштів – банкоматів, з яких таємно викрали гроші потерпілих. В обох випадках одержання готівки стало можливим завдяки використанню засудженими раніше викрадених за подібних обставин у потерпілих банківських карток як електронних засобів доступу до сховищ. Разом із тим, прокурор зазначає, що у справі стосовно ОСОБА_3 суд касаційної інстанції погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про те, що сукупність зібраних доказів повністю доводить його винуватість у таємному викраденні чужого майна, поєднаному з проникненням у сховище, а у справі стосовно ОСОБА_1 суд касаційної інстанції дійшов протилежного висновку, зазначивши, що засуджений вчинив аналогічний злочин без проникнення у сховище. На думку прокурора, у справі щодо ОСОБА_1 суд неправильно застосував кримінальний закон, безпідставно виключивши кваліфікуючу ознаку

проникнення у сховище. Просить скасувати ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 вересня 2012 року, а справу щодо ОСОБА_1 направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, наведені у заяві, і встановила таке.

Згідно зі статтею 400-11 Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Статтею 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України передбачено підстави для перегляду судових рішень Верховним Судом України. Відповідно до пункту 1 частини першої цієї статті однією з підстав для перегляду судових рішень Верховним Судом України є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Виходячи із фактичного змісту наданих для порівняння судових рішень, суспільно небезпечне діяння, інкриміноване ОСОБА_1, за характером дії, мотивом, механізмом злочинної поведінки, обраним способом та об'єктом посягання є подібним до суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено порівнюване рішення.

Подібність суспільно небезпечних діянь за обсягом і змістом, як правило, повинна орієнтувати на однакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо таких діянь та запобігати ухваленню різних за правовими наслідками судових рішень. У цьому сенсі подібність суспільно небезпечних діянь, які отримали неоднакову кримінально-правову оцінку в правозастосуванні, може бути підставою для перегляду справи Верховним Судом України. Але, як убачається зі змісту частини другої статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, слід мати на увазі, що така подібність не може бути вагомою підставою для визнання оспореного рішення незаконним лише тому, що у порівнюваному чи порівнюваних судових рішеннях одна й та сама норма закону про кримінальну відповідальність застосована інакше.

Правильність застосування норми закону про кримінальну відповідальність (кваліфікація злочину) полягає у точності (адекватності) розуміння (визначення, тлумачення) змісту конкретної кримінально-правової норми, дійсності (об'єктивності) фактичних обставин певного суспільно небезпечного діяння та встановленні й визначенні співвідношення між фактичними ознаками суспільно небезпечного діяння та ознаками складу злочину, передбаченими кримінально-правовою нормою.

Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакова правова оцінка судом касаційної інстанції крадіжки грошей з банкомату (чи була вона поєднаною з проникненням) у тому випадку, коли здійснення операції з

отримання готівки з банкомату відбувалося з використанням раніше викраденої банківської платіжної картки та пін-коду до неї.

Логіко-граматичне тлумачення формулювання (словосполучення) «крадіжка, поєднана з проникненням у сховище» дає підстави вважати, що під проникненням до будь-якого приміщення слід розуміти: а) фізичне входження, потрапляння до нього з метою заволодіння майном, що знаходиться у ньому; б) доступ до майна, що знаходиться у сховищі, будь-яким способом (без фізичного входження до нього), який дає змогу заволодіти таким майном, вилучити його із приміщення.

Відповідно до положень постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище слід розуміти незаконне, недозволене, протиправне потрапляння (входження) до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища.

Залежно від того, які фактичні ознаки складу суспільно небезпечного діяння будуть установлені, як ці ознаки будуть співвідноситися з ознаками складу злочину, що містяться у кримінально-правовій нормі, та від того, як вони трактуються й застосовуються на практиці, можна виділити фізичний та юридичний (психологічний) критерії розуміння поняття «проникнення». Характерними рисами першого є: а) факт входження чи потрапляння у сховище; б) спосіб, місце, час та обставини (існуючий режим доступу до майна, яке там знаходилося), за яких відбулося входження чи потрапляння у сховище. Характерними рисами другого є: а) незаконність входження у сховище (за відсутності в особи права перебувати там, де знаходиться майно, на заволодіння яким спрямовані її дії); б) мета, яку переслідує особа, що вчиняє таке входження, усвідомлення характеру (перебігу) вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння, зокрема й факту незаконного проникнення (потрапляння чи входження) у сховище, передбачення наслідків свого діяння.

Факт входження, потрапляння у сховище чи поява у ньому іншим способом у поєднанні з іншими зовнішніми поведінковими проявами дають можливість визначити об’єктивну сторону суспільно небезпечного діяння. Із хронології та послідовності цих дій можна з’ясувати, зокрема, чи існували і які саме обмеження в доступі до майна, а також визначити, що, встановлюючи у певний спосіб безперешкодний (вільний) режим доступу до майна, його власник чи володілець не обмежує в цьому нікого, серед них, по суті, й особу, яка використовує такий спосіб доступу з умислом заволодіти чужим майном.

Зовнішній прояв діяння розкриває внутрішній (психологічний) процес діяння, окреслює суб’єктивне ставлення особи до вчинюваних нею дій, які в сукупності з іншими обставинами визначають кримінально-правовий зміст суспільно небезпечного діяння.

Під поняттям «сховище» слід розуміти певні місця чи ділянки території, відведені для постійного чи тимчасового зберігання матеріальних цінностей, які

обладнані огорожею чи технічними засобами або забезпечені іншої охороною: пересувні автолавки, рефрижератори, контейнери, сейфи та інші сховища.

Згідно з пунктом 1.2 Закону України № 2346-III «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 5 квітня 2001 року банківський автомат — програмно-технічний комплекс, призначений для здійснення самообслуговування за операціями одержання коштів у готівковій формі, внесення їх для зарахування на відповідні рахунки, одержання інформації щодо стану рахунків, а також виконання інших операцій (оплата товарів, послуг) згідно з функціональними можливостями цього комплексу. Автоматизовані операції з видачі та прийому готівкових коштів здійснюються як з використанням платіжних карт, так і без таких. Грошові купюри в банкоматі розміщуються в касетах, що у спеціальному сейфі. Отже, за загальним визначенням банкомат є сховищем для грошей.

Згідно із Законом України № 2121-III «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року та Положенням про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 30 квітня 2010 року № 223, одним із видів доступу до банківських рахунків є спеціальні платіжні засоби – пластикові банківські картки, які емітовані в установленому законодавством порядку та використовуються для ініціювання переказу коштів з рахунку платника або банку, а також для здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором. Платіжні картки є власністю емітента (банку) і надаються ним відповідно до умов договору клієнту, в тому числі і фізичній особі – держателю спеціального платіжного засобу, який на законних підставах використовує платіжні картки.

Платіжна картка містить обов'язкові реквізити, що дають змогу ідентифікувати платіжну систему, емітента (банк) та держателя цього спеціального платіжного засобу.

Держатель платіжної картки для забезпечення безпеки здійснення платіжних операцій з її використанням зобов'язаний використовувати цей спеціальний платіжний засіб відповідно до вимог законодавства України, правил користування ним та умов договору, укладеного з емітентом (банком), дотримувати правил безпеки та не допускати використання цього засобу сторонніми особами, для чого повинен надійно зберігати спеціальний платіжний засіб, пін-код та інші засоби, що дають змогу користуватися ним, а у випадку його втрати зобов'язаний негайно повідомити про це емітента (банк), який повинен негайно зупинити здійснення операцій з використанням цього спеціального платіжного засобу з внесенням до стоп-списку і його вилучення.

Аналіз зазначених норм чинного законодавства дає підстави для висновку, що юридична суть викрадення з використанням банківської платіжної картки та пін-коду до неї полягає у списанні коштів із банківського рахунку, а не в отриманні готівки певним способом. Картка та пін-код містять інформацію, яка взаємопов'язана з інформацією, якою володіє банк. Гроші видаються внаслідок обумовленої договором операції з рахунком. Розмір суми обмежений або сумою, яка розміщена на банківському рахунку, або ж лімітом операції за цією карткою.

Отже, всі банківські операції з використанням платіжної картки здійснюються її держателем, у тому числі особою, яка знайшла (викрала) цю банківську платіжну картку, на підставі та в межах договору, укладеного між банком-емітентом і клієнтом-держателем платіжної картки. Вставляючи картку до банкомату та проводячи відповідні операції з клавіатурою, винна особа безпосередньо отримує доступ не до сейфового відділення банкомату, а зв'язується з операційною системою банку-емітента, отримує доступ до рахунку і дає банку вказівку провести певну операцію. Фізичного проникнення до сховища (сейфу банкомату) не відбувається, як це, наприклад, має місце у випадку зламу такого банкомату.

На відміну від засобів, що дозволяють винній особі викрадати майно із приміщення, сховища чи житла без входу до них (гачок, шланг, надресирована тварина), банківська платіжна картка є засобом доступу до банківського рахунку, що існує в електронній формі, а не засобом доступу до сховища.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення, суд касаційної інстанції зробив правильний висновок про відсутність у діях ОСОБА_1 кваліфікуючої ознаки крадіжки, поєднаної з проникненням у сховище.

У судовому рішенні, на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1, отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норми закону відповідно до вимог пункту 1 частини першої статті 400-12, частини другої статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України перебуває за межами предмета перегляду справи, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити правову позицію щодо цього рішення. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваному рішенні касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 вересня 2012 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 квітня 2013 року у справі № 5-9кс19

(рішення про правильну кваліфікацію розбою в аспекті розмежування його з грабежем)

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено наявність між винуватими попередньої змови на заволодіння майном потерпілої із застосуванням предметів, які потерпіла сприйняла як ножі і, реально побоюючись за своє життя та здоров'я, була змушена віддати нападникам належне їй майно.

За таких обставин, враховуючи встановлений судом характер дій засуджених, пов'язаних з використанням предметів, які потерпіла сприйняла як такі, що є небезпечними для її життя та здоров'я, й відповідно до роз'яснень, що містяться у пункті 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику в справах про злочини проти власності», дії винуватих обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною другою статті 187 КК як розбій, поєднаний із погрозою застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я потерпілої, вчинений за попередньою змовою групою осіб.

(Витяг)

Вироком Шевченківського районного суду м. Києва від 24 травня 2011 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною другою статті 187 Кримінального кодексу України (далі – КК) на сім років позбавлення волі.

Цим вироком засуджено також ОСОБА_2.2 за частиною другою статті 187 КК на сім років шість місяців позбавлення волі, судові рішення щодо якого не оскаржуються.

Ухвалою апеляційного суду м. Києва від 23 грудня 2011 року вирок щодо ОСОБА_1.1 залишено без змін.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 листопада 2012 року вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1.1 залишено без змін.

ОСОБА_1.1 визнано винуватим у вчиненні за попередньою змовою із ОСОБА_2.2 розбою, поєднаного із погрозою застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я особи, яка зазнала нападу, за таких обставин.

26 листопада 2009 року приблизно о 19-ій год. 45 хв. ОСОБА_1.1 та ОСОБА_2.2, побачивши біля будинку за АДРЕСОЮ_1 раніше незнайому ОСОБА_3.3, вирішили заволодіти її майном. Діючи згідно з розподілом ролей, ОСОБА_1.1 ззаду приставив до шиї ОСОБА_3.3 невстановлений предмет, який вона сприйняла як ніж, та під загрозою застосування насильства, небезпечного для її життя чи здоров'я в момент заподіяння, наказав віддати цінні речі. Водночас ОСОБА_2.2 у напрямку тулуба ОСОБА_3.3 направив невстановлений

предмет, який вона також сприйняла як ніж, продовжуючи таким чином виражати погрози застосування насильства, що є небезпечним для життя та здоров'я потерпілої. Сприймаючи ці дії як реальну загрозу для свого життя та здоров'я, ОСОБА_3.3 віддала належне їй майно на загальну суму 3 259 грн 38 коп., з яким засуджені зникли з місця події.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року кримінальну справу щодо ОСОБА_1.1 допущено до провадження Верховного Суду України.

У заяві про перегляд судових рішень щодо ОСОБА_1.1 захисник Якубов Я.Е. зазначає, що підставою для перегляду зазначених судових рішень є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло неправильну кваліфікацію дій засудженого ОСОБА_1.1 за частиною другою статті 187 КК. Вважає, що дії засудженого необхідно кваліфікувати за частиною другою статті 186 КК, оскільки винуватість ОСОБА_1.1 у вчинені саме розбою не доведена, ґрунтується на суперечливих показаннях потерпілої щодо наявності у засуджених предметів, які вона сприйняла як ножі. Окрім того, з приводу неправильної кваліфікації дій ОСОБА_1.1 заявник також посилається на те, що погрозу ОСОБА_2.2 потерпілій ножем, при наявності такого у останнього, слід розцінювати як ексцес виконавця.

На обґрунтування заяви захисник надав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2011 року, якою залишено без змін ухвалу апеляційного суду про перекваліфікацію дій ОСОБИ_6 та ОСОБИ_7 з частини другої статті 187 на частину другу статті 186 КК з огляду на те, що відсутні докази застосування до потерпілого насильства, небезпечного для його життя та здоров'я.

Як на приклад неоднакового застосування частини другої статті 187 КК при кваліфікації дій ОСОБА_1.1, захисник також посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 січня 2012 року щодо ОСОБИ_1 та ОСОБИ_3, в якій констатовано правомірність зміни апеляційним судом юридичної оцінки дій засуджених із частини другої статті 187 на частину другу статті 186 КК через відсутність об'єктивних доказів про застосування засудженими до потерпілої ОСОБИ_2 насильства, небезпечного для її життя та здоров'я.

У копії ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 січня 2012 року щодо ОСОБИ_5, яку також надав заявник, зазначено, що відсутність тілесних ушкоджень на шиї ОСОБИ_6 свідчить про наявність у засудженого умислу на відкрите викрадення майна, у зв'язку з чим суд касаційної інстанції перекваліфікував дії ОСОБИ_5 з частини першої статті 187 на частину другу статті 186 КК.

Окрім того, захисник Якубов Я.Е. у своїй заяві посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року щодо ОСОБИ_1. Зазначеною ухвалою залишено

без змін рішення судів першої та апеляційної інстанцій, якими засудженого визнано винуватим у вчиненні грабежу за попередньою змовою із невстановленою слідством особою із застосуванням насильства, яке не є небезпечним для життя та здоров'я потерпілої, з наведенням доводів про те, що застосування ОСОБОЮ_1 ножа та спричинення потерпілій легких тілесних ушкоджень у виді синців та подряпин на тильній поверхні правої кисті є свідченням не нападу із застосуванням ножа як предмета для насильства, небезпечного для життя та здоров'я, а знаряддям для прискорення досягнення своєї мети – зняття обручки у процесі відкритого заволодіння майном потерпілої.

Як приклад для порівняння захисник також надав ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 червня 2012 року щодо ОСОБИ_6, ОСОБИ_7, ОСОБИ_8, якою судові рішення щодо ОСОБИ_6 змінено та його дії перекваліфіковано з частини третьої статті 187 на частину третю статті 186 КК, оскільки встановлено ексцес виконавців – ОСОБИ_8 та ОСОБИ_7 при нападі на потерпілу ОСОБУ_5 з огляду на те, що умислом ОСОБИ_6 не охоплювалися дії інших співучасників, пов'язані з погрозою шляхом демонстрації ножа застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я потерпілої.

Захисник просить скасувати судові рішення щодо ОСОБА_1.1, дії останнього кваліфікувати за частиною другою статті 186 КК, призначити йому покарання у межах санкції цієї статті з урахуванням вимог ст. 69^1 КК та на підставі статті 75 КК звільнити засудженого від відбування покарання з випробуванням.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді, пояснення захисника, який підтримав свою заяву, прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали справи та, обговоривши доводи, зазначені у заяві, дійшла висновку, що вона не підлягає задоволенню.

Захисник Якубов Я.Е. в інтересах засудженого ОСОБА_1.1 звернувся до Верховного Суду України із заявою про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 листопада 2012 року з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Відповідно до цієї норми закону Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень, що набрали законної сили, у разі неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і не переглядає питання щодо доведеності винуватості особи та невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи внаслідок неповноти та однобічності дослідження доказів.

Водночас за змістом заяви неоднакове застосування судом касаційної

інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь захисник убачає у неправильному встановленні судом першої інстанції фактичних обставин справи з огляду на недоведеність застосування ОСОБА_1.1 погрози, небезпечної для життя та здоров'я потерпілої, шляхом використання предмета, який потерпіла сприйняла як ніж, та наявності попередньої змови у засуджених на вчинення саме розбою.

Однак з урахуванням зазначених вимог закону ці доводи не є предметом розгляду Верховного Суду України, тому, вирішуючи питання про наявність передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підстави для перегляду судового рішення, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України виходить із установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили. Зокрема, у кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено наявність між ОСОБА_1.1 та ОСОБА_2.2 попередньої змови на заволодіння майном ОСОБА_3.3 із застосуванням предметів, які потерпіла сприйняла як ножі і, реально побоюючись за своє життя та здоров'я, була змушена віддати нападникам належне їй майно.

За таких обставин, враховуючи встановлений судом характер дій засуджених, пов'язаних з використанням предметів, які потерпіла сприйняла як такі, що є небезпечними для її життя та здоров'я, й відповідно до роз'яснень, що містяться у пункті 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику в справах про злочини проти власності», дії ОСОБА_1.1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною другою статті 187 КК як розбій, поєднаний із погрозою застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я потерпілої, вчинений за попередньою змовою групою осіб.

У судових рішеннях касаційної інстанції, на які зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, попри подібність за окремими елементами складу злочину з фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, отримали інакшу кримінально-правову кваліфікацію.

Аналізуючи наявність підстав для порівняння оспорюваних та наданих судових рішень касаційної інстанції, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України виходить з такого.

Посилання заявника на ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2011 року щодо ОСОБИ_6 і ОСОБИ_7 та від 17 січня 2012 року щодо ОСОБИ_1 і ОСОБИ_3 як на приклад неоднакового правозастосування є неприйнятним, оскільки у цих справах касаційна інстанція погодилася із кваліфікацією дій засуджених за частиною другою статті 186 КК, залишивши без задоволення касаційні скарги про наявність у діях засуджених ознак злочину, передбаченого частиною другою статті 187 КК, з огляду на відсутність доказів застосування до потерпілих насильства, небезпечного для життя та здоров'я.

З цих же підстав Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 19 січня 2012 року дії ОСОБИ_5 перекваліфікував із частини першої статті 187 на частину другу статті 186 КК.

Отже, наведеними ухвалами визнано недоведеним застосування до потерпілих насильства, небезпечного для їх життя та здоров'я, тоді як оспорюваним рішенням встановлено застосування засудженими до потерпілої погроз, небезпечних для її життя та здоров'я.

Щодо ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року, якою касаційна інстанція погодилася із кваліфікацією дій ОСОБИ_1 за частиною другою статті 186 КК, визнавши, що ніж застосовано нею не з метою заволодіння майном, а як знаряддя для прискорення своє мети – зняття обручки з руки потерпілої у процесі відкритого заволодіння майном, з'ясування причин та умов такої кримінально-правової оцінки подібного до вчиненого ОСОБА_1.1 діяння, відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} та частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року перебувають за межами предмета розгляду, у зв'язку із чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо законності та обґрунтованості такого рішення. Натомість вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Не може свідчити про неправильне застосування норм кримінального закону і надана для порівняння ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 червня 2012 року, якою змінено вирок та ухвалу щодо ОСОБИ_6 та його дії перекваліфіковано з частини третьої статті 187 на частину третю статті 186 КК у зв'язку із констатацією ексцесу виконавців ОСОБИ_7 та ОСОБИ_8 у застосуванні до потерпілої погрози ножем під час заволодіння її майном. Зокрема, суд касаційної інстанції визнав недоведеним те, що умислом ОСОБИ_6 охоплювались такі дії інших засуджених.

На відміну від порівнюваного рішення, в оспореному суд касаційної інстанції погодився з висновками нижчестоящих судів про наявність у засуджених попередньої змови та умислу на вчинення з метою заволодіння майном нападу на потерпілу шляхом використання предметів, які вона сприйняла як реальну загрозу своєму життю та здоров'ю.

Водночас звертає на себе увагу й те, що зазначеною ухвалою залишено без змін судові рішення місцевого та апеляційного судів щодо ОСОБИ_7 та ОСОБИ_8 у частині кваліфікації їх дій за частиною третьою статті 187 КК, у тому числі за ознакою погрози застосування насильства, небезпечного для життя та здоров'я потерпілої, яка полягала в погрозі ножем.

На підставі викладеного, керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу 2012 року та статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви захисника Якубова Я.Е.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-35кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як розбою в аспекті розмежування його з насильницьким грабежем)

Відмінність між насильством при розбої і насильством при грабежі слід шукати в природі самого насильства, його спрямованості та характері дій особи, яка його застосовує. Якщо поведінка винної особи в конкретний час, місці, за обставин та в обстановці є підступною, несподіваною, раптовою і неспровокованою; спрямована проти волі або поза волею потерпілого; насильство є реальним, інтенсивним і небезпечним для життя чи здоров'я особи або ж воно не застосовується (є нереальним), але характер дій особи є агресивно-насильницьким, то такі ознаки свідчать про напад, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або з погрозою його застосування, і мають розцінюватись як розбій.

За відсутності цих ознак вчинене має кваліфікуватись як насильницький грабіж.

(Витяг)

Вироком Київського районного суду м. Сімферополя від 13 серпня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною третьою статті 187 Кримінального кодексу України (далі – КК) із застосуванням статті 69 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки шість місяців з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 та ОСОБА_2 визнано винними у тому, що вони 2 червня 2012 року за попередньою змовою між собою відповідно до розробленого плану о 23 год. 30 хв. проникли на територію бази ІНФОРМАЦІЯ_2 з метою заволодіння майном цієї бази. Для цього вони одягнули на голову капронові панчохи, перерізали кабель камер відеоспостереження та почали викрадати майно. Коли о 2 год. 30 хв. наступної доби ОСОБА_1 та ОСОБА_2 побачили у сторожці охоронця ОСОБА_3, вони напали на нього із застосуванням насильства, небезпечного для життя та здоров'я. ОСОБА_2 штовхнув, а ОСОБА_1 вдарив ОСОБА_3 в обличчя, від чого той впав на підлогу. Щоб уникнути опору ОСОБА_3, ОСОБА_2 та ОСОБА_1 зв'язали йому руки і заклеїли рот клейкою стрічкою (скотчем), яку завчасно взяли з собою, після чого заволоділи мобільним телефоном потерпілого вартістю 449 грн. та майном ІНФОРМАЦІЯ_2 на загальну суму 15 393 грн 75 коп.

Апеляційний суд АР Крим ухвалою від 30 жовтня 2012 року вирок щодо

ОСОБА_1 залишив без зміни.

Судова палата у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 23 травня 2013 року вирок суду першої та ухвалу апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_1 залишила без зміни.

Рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_2 в касаційному порядку не оскаржувалось.

У заяві про перегляд судового рішення заступник Генерального прокурора України порушив питання про скасування рішення суду касаційної інстанції від 23 травня 2013 року щодо ОСОБА_1. Він зазначив, що через відсутність даних про застосування до потерпілого насильства, небезпечного для життя та здоров'я, документального підтвердження заподіяння йому тілесних ушкоджень, а також даних про те, що він має захворювання, які б виявилися небезпечними для його життя та здоров'я внаслідок заклеювання йому рота скотчем, суд помилково насильницький грабіж, який вчинили ОСОБА_1 та ОСОБА_2, кваліфікував як розбійний напад.

На підтвердження неоднакового застосування касаційним судом однієї і тієї норми закону про кримінальну відповідальність, прокурор посилається на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 березня 2009 року, в якій касаційний суд погодився з висновком апеляційного суду щодо Голобородька О.А., Русанова А.І., Сенчишина В.О. У цій справі касаційний суд погодився з рішенням суду апеляційної інстанції про перекваліфікацію дій засуджених із частини другої статті 187 КК на частину другу статті 186 КК і висловив свою правову позицію про правильність такої перекваліфікації злочину. Обґрунтовуючи такий висновок, касаційний суд указав на відсутність у справі даних про застосування насильства, характерного для розбійного нападу. Зокрема, касаційний суд, проаналізувавши висновки судово-медичної експертизи, підкреслив, що виявлені у потерпілого легкі тілесні ушкодження, які спричинили короткочасний розлад здоров'я, не перебували у причинному зв'язку із застосованим до нього насильством, а були наслідком гострої реакції на стрес, що виникла вже після нападу.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, прокурора, який порушував питання про задоволення заяви, перевірила матеріали справи, обговорила доводи, зазначені в заяві, й дійшла висновку про таке.

Суспільно небезпечні діяння оспореного рішення і фактичні обставини суспільно небезпечного діяння порівнюваного рішення співвідносяться як суміжні злочини. Ці діяння посягають на один і той самий об'єкт – чужу власність; схожі за формою – обидва діяння вчиняються відкрито; за іншими ознаками об'єктивної сторони, зокрема за способом злочинної поведінки. Поєднують ці діяння й ознаки суб'єктивної сторони злочинів – прямий умисел, корисливий мотив і мета.

Ці ознаки та труднощі їх визначення під час правозастосування, що в контексті конкретних обставин справи призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень, дає підстави Верховному Суду України (далі - Суд)

переглянути оскаржене судове рішення й дійти висновку про його законність/незаконність, виразити правову позицію щодо правильності застосування положень статті 187 КК, визначити ознаки цього діяння, за якими воно відрізняється від насильницького грабежу (частина друга статті 186 КК) і таким чином орієнтувати судову практику на однакове застосування зазначених норм права (підстави: пункт 1 частини першої статті 400^{12}, статті 400^{22}, 400^{25} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Відповідно до положень статті 400^{11}, пункту 1 частини першої статті 400^{12}, частини першої статті 400^{21}, частин першої та другої статті 400^{22} КПК 1960 року перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені й визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій, з дійсністю, достатністю та достовірністю яких погодився суд касаційної інстанції.

1. Розбій є окремим спеціальним різновидом суспільно небезпечного діяння проти власності, яке складається з двох нерозривних, взаємозалежних дій: нападу і насильства.

Напад складається (може складатися) з одномоментного акту або системи поведінкових актів, за допомогою яких відбувається заволодіння чужим майном. Властивістю нападу є включення, «вплетення» в нього насильства – дії, що робить заволодіння майном нападом. Власне акт чи акти заволодіння майном через обов'язкове поєднання з насильством чи погрозою його застосування (фізичне або психічне насильство) наповнюються якісно іншим змістом – набувають ознак розбійного нападу.

У розбої напад завжди пов'язаний із насильством або погрозою його застосування. Зусилля нападника спрямовані насамперед проти особи (потерпілого, власника майна); застосовуються проти її волі та/або поза її волею (у разі застосування сильнодіючих, отруйних речовин чи газів тощо). Метою такого насильства є намір відразу подавити опір потерпілого й упередити його протидію нападу. Нападник покладається й обирає форми (способи) насильства, які самі по собі становлять реальну небезпеку для життя і здоров'я потерпілого у разі їх негайного застосування чи впродовж тривання нападу. В уяві нападника таке насильство забезпечує безперешкодний перехід чужого майна на його користь або уможливити його утримання, якщо воно вже у нього перебувало.

У більшості випадків під час розбою особа діє раптово і несподівано. Насильство, як правило є інтенсивним. Особа, яка його застосовує або погрожує ним, перебуває в агресивно-насильницькому стані, тобто у стані готовності застосувати насильство, небезпечне для життя та здоров'я особи, на будь-якому етапі злочинної поведінки. Такий стан і характер дій нападника по суті є тими ознаками, які, навіть за відсутності реального застосування насильства, свідчать про розбій.

Зовнішні прояви нападу і насильства (погрози його застосування) можуть бути й іншими. У часі вони можуть збігатися або між ними є часовий розрив, особливо тоді, коли насильство застосовується для утримання майна, яким

особа володіла на момент його застосування. Має значення місце, пора доби, обстановка, обставини, форма та порядок перебігу нападу і застосування насильства.

2. Насильство, яке застосовується під час відкритого заволодіння майном (грабежу), має іншу правову природу. Особа має намір викрасти чуже майно і для цього застосовує відкриту форму заволодіння ним. Для досягнення своєї мети вона ігнорує небезпеку бути викритою у злочині і не зупиняється перед застосуванням насильства до особи, яка може перешкодити їй завершити задумане. Для здійснення злочинного наміру особа обирає способи і засоби посягання, які вважає прийнятними для цього. Нерідко ці способи і засоби зовні схожі на поведінку, характерну для розбою. Зокрема, проявляється це тоді, коли особа інколи несподівано накидається на потерпілого, ривком вихоплює у неї майно й відразу втікає з місця події. Можлива ситуація, коли особа знає, що доступ до майна утруднений присутністю сторожа, охоронця, власника майна тощо, тому для заволодіння ним відразу або у час тривання посягання вдається до засобів, що унеможливлюють (сковують, нейтралізують) спроможність таких осіб завадити їй довести злочин до кінця.

Зазначені ситуації не виключають, а інколи й неможливі без застосування насильства. Проте насильство в цих та подібних ситуаціях має інше спрямування й призначення. Головним у намірі грабіжника є бажання відкрито заволодіти майном. Стосовно цієї мети насильство має факультативне, другорядне, хоча обтяжуюче й кваліфікуюче, але побічне значення; в умислі винного воно не є переважаючим чинником. В одному випадку насильство може проступати як форма заволодіння майном (ривок), в іншому - як засіб (функція, знаряддя) подолання перешкоди у доступі до майна. У цьому сенсі насильство є не так способом заволодіння майном, як відображенням (свідченням) підвищеної суспільної небезпеки особи, яка його вчинила.

При грабежі неможливо заподіяти небезпечні для життя чи здоров'я тілесні ушкодження, оскільки форма, в якій реалізується злочинний умисел, не передбачає використання дій (прийомів, засобів), які можуть призвести до більш тяжчих наслідків. Інакше ці дії за певних обставин матимуть ознаки розбою. Особа, яка вчиняє грабіж, не вдається до демонстративної агресивно-насильницької поведінки і своїм станом та характером дій не виражає її, не використовує предметів із підвищеною травмувальною дією, не застосовує засобів впливу, які очевидно можуть призвести до наслідків, небезпечних для життя чи здоров'я, не погрожує застосуванням саме такого насильства, оскільки такі погрози при грабежі об'єктивно неможливі.

3. Прояв ознак розбою та насильницького грабежу, їх відмінність між собою полягає у фактичних підставах кваліфікації конкретного суспільно небезпечного діяння.

4. Із фактичних обставин справи щодо ОСОБА_1 встановлено, що він разом із ОСОБА_2 мав намір заволодіти майном ІНФОРМАЦІЯ_2. Зловмисники знали, що воно охороняється сторожем. Для викрадення обрали нічний час і вжили заходів проти їх викриття у злочині (одягнули маски і перерізали кабелі камер відеоспостереження). Коли опинилися на території

товариства, вони відразу почали заволодівати майном. Через три години від початку злочину, коли їх присутність помітив сторож, ОСОБА_1 і ОСОБА_2 застосували до нього насильство: штовхнули на підлогу сторожки, клейкою стрічкою зв'язали руки і заклеїли рота та продовжили викрадати майно. Інших насильницьких дій вони не вчиняли. Зв'язування рук і затуляння рота само по собі не може спричинити тілесні ушкодження, небезпечні для життя чи здоров'я, і фактично не спричинило. Потерпілий знаходився в умовах та обстановці, яка не загрожувала його життю і здоров'ю; біля нього перебував один із засуджених, який після заволодіння майном відклеїв стрічку на роті потерпілого. Викравши майно, засуджені втекли, а потерпілий зміг самостійно звільнитися від пут.

Аналіз характеру та послідовності дій засуджених, природа застосованого ними насильства у своїй сукупності свідчать, що вони, опинившись на місці події, відразу почали викрадати майно і вжили заходів своєї безпеки; знали про перебування на території сторожа, але не напали на нього. Коли ж сторож з'явився, вони накинулись на нього, але при цьому не діяли агресивно і не вдалися до застосування насильства, що є небезпечним для життя та здоров'я. Фактично вони застосували фізичний примус, який мав лише нейтралізувати сторожа, і обрали для цього засіб, який відповідав цій меті. Застосоване ними насильство не призвело і не могло призвести до тілесних ушкоджень, небезпечних для життя чи здоров'я. Більше того, один із засуджених перебував біля лежачого потерпілого і вжив заходів для поліпшення становища потерпілого (відклеїв стрічку на його роті).

5. У контексті конкретних обставин цієї справи, можна зробити висновок, що відмінність між насильством при розбої і насильством при грабежі слід шукати в природі самого насильства, його спрямованості та характері дій особи, яка його застосовує. Якщо поведінка винної особи в конкретний час, місці, за обставин та в обстановці є підступною, несподіваною, раптовою і неспровокованою; спрямована проти волі або поза волею потерпілого; насильство є реальним, інтенсивним і небезпечним для життя чи здоров'я особи або ж воно не застосовується (є нереальним), але характер дій особи є агресивно-насильницьким, то такі ознаки свідчать про напад, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або з погрозою його застосування, і мають розцінюватись як розбій.

За відсутності цих ознак вчинене має кваліфікуватись як насильницький грабіж.

6. У справі, рішення в якій оспорюється, суд касаційної інстанції фактичні підстави кваліфікації розцінив неправильно і тому зробив хибний висновок про наявність у діях засудженого ознак розбою.

7. У судовому рішенні касаційного суду (ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 березня 2009 року), наданому для порівняння, фактичні обставини діяння подібні до фактичних обставин справи, в якій оспорюється рішення касаційного суду, але на відміну від фактичних обставин оспореного рішення були кваліфіковані за статтею як насильницький грабіж (частина друга статті 186 КК). Саме за

ознаками цієї норми закону прокурор просить кваліфікувати і діяння, вчинене ОСОБА_1.

У справі, рішення яке надано для порівняння, було встановлено, що Сенчишин В.О. ударив потерпілу ногою в спину, від чого вона впала на землю обличчям донизу, Голобородько О.А. утримував її за руки та закривав рот, а Русанов А.І. забрав з кишені її куртки майно. Касаційний суд погодився з висновками апеляційного суду про перекваліфікацію дій засуджених з частини другої статті 187 КК на частину другу статті 186 КК, оскільки в матеріалах справи не було доказів, які б свідчили про заподіяння потерпілій під час нападу тілесних ушкоджень, що спричинили короткочасний розлад її здоров'я.

Зіставлення правових висновків оскарженого судового рішення та порівнюваного дає підстави зробити висновок про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Відповідно до статті 400^{22} КПК 1960 року у разі визнання судового рішення касаційного суду незаконним Верховний Суд України скасовує його і постановляє нове рішення із зазначенням висновку про те, як саме має застосовуватися конкретна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Однак, беручи до уваги системне розуміння норм процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду справи Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалювати нове рішення, оскільки для його постановлення необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено.

Враховуючи викладене, ухвала касаційного суду підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, який належить провести відповідно до вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 травня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 15 листопада 2012 року
у справі № 5-15кс12
(рішення про правильну кваліфікацію розбою, поєднаного з проникненням в «інше приміщення»)

Якщо суб'єкт злочину поставив собі за мету заволодіти майном певного виду (якості, значення тощо), місце знаходження якого зумовлює вибір конкретного способу посягання, реалізація якого передбачає входження чи потрапляння в приміщення, незважаючи на режим доступу до нього (вільний/заборонений), то поява винуватого в такому приміщенні з означеною метою є незаконною, а з учиненням наступних дій із застосуванням насильства чи погроз його застосування з метою заволодіння майном має кваліфікуватися як розбій, поєднаний з проникненням у приміщення.

(Витяг)

Вироком Вільнянського районного суду Запорізької області від 12 лютого 2010 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, раніше судимого, засуджено за частиною третьою статті 187 Кримінального кодексу України із застосуванням статті 69 цього Кодексу до позбавлення волі на строк п'ять років шість місяців із конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого. На підставі статті 71 Кримінального кодексу України за сукупністю вироків ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк шість років із конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він 6 серпня 2009 року, знаючи, що у кафе ІНФОРМАЦІЯ_2 знаходяться спиртні напої та гроші, вирішив ними заволодіти. Із цією метою він озброївся саморобним пристроєм для здійснення пострілів. Безпосередньо перед входом у кафе, щоб не бути впізнаним, натягнув на обличчя маску і приблизно о 13-й год. 30 хв. зайшов у кафе. Після цього ОСОБА_1 одразу ж направив на бармена ОСОБА_2 та кухаря ОСОБА_3 саморобний пристрій, під погрозою застосування якого наказав віддати гроші, що знаходяться в кафе, і попрямував до стійки бару. При цьому ОСОБА_1 завдав працівникам кафе ударів рукояткою саморобного пристрою у різні частини тіла. Однак працівникам кафе вдалося виштовхати ОСОБА_1 на вулицю.

Апеляційний суд Запорізької області вирок районного суду в частині призначеного покарання скасував та постановив свій вирок від 19 квітня 2010 року, яким призначив ОСОБА_1 за частиною третьою статті 187 Кримінального кодексу України покарання – позбавлення волі на строк сім років із конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого, та на підставі статті 71 цього Кодексу за сукупністю вироків визначив остаточне покарання – позбавлення волі на строк вісім років із конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженого.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України ухвалою від 29 липня 2010 року вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

У заяві про перегляд судових рішень заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу колегії суддів Судової палати Верховного Суду України від 29 липня 2010 року, а справу направити на новий касаційний розгляд. Він вважає, що дії ОСОБА_1 за кваліфікуючою ознакою проникнення у приміщення кваліфіковані неправильно, оскільки в них відсутня протиправність, яка є обов'язковою для цього діяння. На думку прокурора, оскільки засуджений зайшов у кафе під час роботи, тобто у період, коли доступ у його приміщення був вільний, і, таким чином, перебував у ньому на законних підставах, його дії слід кваліфікувати за частиною першою статті 187 Кримінального кодексу України.

На обґрунтування заяви прокурор послався на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2012 року, якою дії ОСОБИ_4 та ОСОБИ_5 були перекваліфіковані з частини третьої на частину другу статті 187 Кримінального кодексу України. У цій справі суд касаційної інстанції дійшов висновку про відсутність кваліфікуючої ознаки проникнення у приміщення відділення банку, оскільки ОСОБА_4 та ОСОБА_5 потрапили туди у робочий час, тобто у період, коли доступ у приміщення банку був вільний.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 1 червня 2012 року кримінальну справу щодо ОСОБА_1 допустив до провадження Верховного Суду України.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про необхідність задоволення заяви з огляду на викладене у ній обґрунтування, перевірила матеріали справи, обговорила доводи, зазначені у заяві, й дійшла висновку, що заява не підлягає задоволенню з таких підстав.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Виходячи із фактичного змісту наданих для порівняння суспільно небезпечних діянь, слід зазначити, що діяння, вчинення якого інкриміновано ОСОБА_1, та діяння, щодо якого ухвалено порівнюване рішення, певним чином подібні між собою, зокрема, за характером дії, механізмом злочинної поведінки, формою вини, мотивом, видовою ознакою знаряддя злочину.

Подібність суспільно небезпечних діянь за обсягом та змістом, як правило, повинна орієнтувати на однакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо таких діянь та запобігати ухваленню різних за правовими наслідками судових рішень. У цьому сенсі подібність суспільно небезпечних діянь, які отримали неоднакову кримінально-правову

оцінку в правозастосуванні, є (може бути) підставою для перегляду справи Верховним Судом України. Але, як випливає зі змісту частини другої статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, слід мати на увазі, що така подібність не може бути вагомою підставою для визнання оспореного рішення незаконним лише тому, що у порівнюваному чи порівнюваних судових рішеннях одна й та сама норма закону про кримінальну відповідальність застосована інакше.

Правильність застосування норми закону про кримінальну відповідальність (кваліфікація злочину) полягає у точності (адекватності) розуміння (визначення, тлумачення) змісту конкретної кримінально-правової норми, дійсності (об'єктивності) фактичних обставин певного суспільно небезпечного діяння та встановленні й визначенні співвідношення між фактичними ознаками суспільно небезпечного діяння та ознаками складу злочину, передбаченими кримінально-правовою нормою.

Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакова правова оцінка судом касаційної інстанції можливості вільного (безперешкодного) входження (потрапляння) до приміщення, правомірності перебування в ньому суб'єкта злочину. Тобто, як слід правильно кваліфікувати розбій, поєднаний з проникненням у приміщення, у тому випадку, коли таке проникнення відбувається формально безперешкодно (вхід у торговий зал, кафе, відділення банку, музей тощо під час роботи названих закладів та установ).

Законодавчо встановлені ознаки складу злочину – розбою, поєднаного із проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (частина третя статті 187 Кримінального кодексу України), включають вчинення кількох взаємопов'язаних дій, однією з яких є проникнення до об'єктів, зазначених у диспозиції цієї частини статті Кодексу, що у часі передує іншим діям цього злочину. Іншими протиправними діями є насильство над особою чи погроза його застосування та заволодіння чужим майном.

Нормативне визначення ознак аналізованого складу злочину не містить визначальних (відмежувальних) ознак розуміння поняття «проникнення». У диспозиції частини третьої статті 187 Кримінального кодексу України немає прямої вказівки на незаконність проникнення в приміщення, принаймні такої, яка встановлена у статті 162 цього Кодексу, якою передбачено кримінальну відповідальність за незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння. Тому зміст цього поняття належить виводити з правової природи конститутивних (визначальних) ознак складу злочину у взаємозв'язку та з урахуванням правозастосовної судової практики.

Логіко-граматичне тлумачення формулювання (словосполучення) «розбій, поєднаний з проникненням у приміщення», дає підстави вважати, що під проникненням до будь-якого приміщення слід розуміти: а) фізичне входження, потрапляння до нього з метою заволодіння майном, що знаходиться в ньому; б) доступ до майна, що знаходиться в приміщенні, будь-яким способом (без фізичного входження до нього), який дає змогу заволодіти таким майном, вилучити його із приміщення.

Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище розуміється незаконне вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища. У постанові також зазначено, що, вирішуючи питання про наявність у діях винної особи названої кваліфікуючої ознаки, суди повинні з'ясовувати, з якою метою особа опинилась у житлі, іншому приміщенні чи сховищі та коли саме у неї виник умисел на заволодіння майном.

Залежно від того, які фактичні ознаки складу суспільно небезпечного діяння будуть установлені, як ці ознаки будуть співвідноситися з ознаками складу злочину, що містяться у кримінально-правовій нормі, та від того, як вони трактуються й застосовуються на практиці, можна виділити фізичний і юридичний (психологічний) критерії розуміння поняття «проникнення». Характерними рисами першого є: а) факт входження чи потрапляння у приміщення; б) спосіб, місце, час та обставини (існуючий режим доступу до майна, яке там знаходилось), за яких відбулося входження чи потрапляння у приміщення. Характерними рисами другого є: а) незаконність входження у приміщення (за відсутності в особи права перебувати там, де знаходиться майно, на заволодіння яким спрямовані її дії); б) мета, яку переслідує особа, що вчиняє таке входження, усвідомлення характеру (перебігу) вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння, зокрема й факту незаконного проникнення (входження чи потрапляння) у приміщення, передбачення наслідків свого діяння.

Факт входження, потрапляння у приміщення чи поява у ньому іншим способом у поєднанні з іншими зовнішніми поведінковими проявами дають можливість визначити об'єктивну сторону суспільно небезпечного діяння. Із хронології та послідовності цих дій можна з'ясувати, зокрема, чи існували і які саме обмеження в доступі до майна, а також визначити, що, встановлюючи у певний спосіб безперешкодний (вільний) режим доступу до майна, його власник чи володілець не обмежує в цьому нікого, серед них, по суті, й особу, яка входить туди з умислом заволодіти чужим майном і використовує такий доступ як зручні, сприятливі умови для скоєння злочину.

Зовнішній прояв діяння розкриває внутрішній (психічний) процес діяння, окреслює суб'єктивне ставлення особи до вчинюваних нею дій, які в сукупності з іншими обставинами визначають кримінально-правовий зміст суспільно небезпечного діяння.

Ключовим у вирішенні питання про наявність чи відсутність ознаки проникнення при вчиненні розбою є встановлення того, з якою метою особа ввійшла (потрапила) у приміщення. Адже у тому разі, коли особа під впливом свого корисливого мотиву утвердилася в намірі заволодіти чужим майном, вона обирає механізм злочинної поведінки, який включає в себе етапи, зокрема

мотивації злочину, цілепокладання, планування посягання, вибір шляхів досягнення цілі, прогнозування ризиків та можливих наслідків тощо. Через сукупність таких дій і суб'єктивне ставлення до них особи, яка їх вчинила, відбувається візуалізація останньої (позиціонування самої себе), тобто проявляються процеси діяння, які недоступні для безпосереднього спостереження.

Виходячи з змістових зовнішніх ознак суспільно небезпечного діяння (об'єктивна сторона злочину) та інтелектуально-вольових (суб'єктивна сторона злочину), можна змоделювати (уявити ситуацію), що у тому разі, коли особа мала намір викрасти конкретне майно з торгової зали крамниці і обрала спосіб заволодіння ним, пов'язаний із формально безперешкодним входженням до приміщення зали, факт потрапляння в приміщення за таких обставин не повинен визнаватися «проникненням» у кримінально-правовому значенні. Коли ж особа задумала викрасти майно у тій же крамниці, але з відокремленої торгової секції (торгівля ювелірними виробами, електронними засобами тощо), яка облаштована в приміщенні крамниці, і потрапляння до зали крамниці не було обмежено часовими рамками чи іншими засобами, то вхід у приміщення крамниці не може визнаватися кримінально караним проникненням, тоді як викрадення майна із приміщення секції, вільний доступ до якої був обмежений, у разі потрапляння туди, має визнаватися незаконним проникненням.

Якщо суб'єкт злочину поставив собі за мету заволодіти майном, певного виду (якості, значення тощо), місце знаходження якого зумовлює вибір конкретного способу посягання, реалізація якого передбачає входження чи потрапляння в приміщення, незважаючи на режим доступу до нього (вільний/заборонений), то фізичне опинення в такому приміщенні з означеною ціллю є незаконним, а з вчиненням наступних дій із застосуванням насильства чи погроз його застосування з метою заволодіння майном має кваліфікуватися як розбій, поєднаний з проникненням у приміщення. Наприклад, намір особи заволодіти грошима з відділення банку чи якимсь майном із іншого приміщення, умислом якої на початку виконання злочинної поведінки приміщення відділення банку чи інше приміщення в цілому сприймалося як місце знаходження майна, а насильницьке вторгнення в приміщення, незалежно від режиму доступу до нього, охоплювалось як дія.

У кримінальній справі, в якій заявлено клопотання про перегляд судового рішення, фактичною підставою кваліфікації діяння ОСОБА_1, із правильністю якої погодився суд касаційної інстанції, стали об'єктивні дані (обставини), досліджені в судовому засіданні й зазначені у вироку. Під час юридичної оцінки цих даних були з'ясовані: предмети майна, якими ОСОБА_1 хотів заволодіти, їх місце знаходження, мотив його злочинної поведінки, характер, спосіб, час та послідовність вчинюваних ним дій.

Ці обставини давали суду підстави вважати, що ОСОБА_1 позиціонував себе як особа, яка мала намір заволодіти майном кафе з його приміщення, проникнення в яке не пов'язувалось із режимом роботи, і поетапно реалізував цей намір.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення, було зроблено правильний висновок про наявність у діях ОСОБА_1 ознак розбою, поєднаного із проникненням у приміщення.

У судовому рішенні касаційної інстанції, на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1, отримали інакшу, відмінну кримінально правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норми закону відповідно до вимог пункту 1 частини першої статті 400-12, частини другої статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України перебуває за межами предмета перегляду справи, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити правову позицію щодо цього рішення. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваному рішенні касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Керуючись статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 вересня 2016 року у справі № 5-213кс15(16)

(рішення про правильну кваліфікацію розбою в аспекті розмежування його з розбоєм, поєднаним з проникненням в «інше приміщення»)

Важливим для юридичної оцінки певних дій за частиною третьою статті 187 КК є з'ясування того, яким майном до входження (потрапляння) особи у приміщення вона має намір заволодіти, як нею сприймається режим доступу до місця знаходження майна та який конкретний спосіб посягання на заволодіння чужим майном вона в зв'язку з цим обирає.

Враховуючи встановлений судом характер дій винуватого щодо заволодіння чужим майном, нормативне тлумачення положень частини третьої статті 187 КК і зіставлення ознак складу цього правопорушення з конкретним змістом фактичних обставин справи, дії винуватого обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 187 КК.

(Витяг)

Вироком Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 21 вересня 2015 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, громадянина України, такого, що відповідно до статті 89 Кримінального кодексу України (далі – КК) не має судимості, засуджено за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 187 КК, і призначено покарання у виді позбавлення волі на строк три роки шість місяців.

ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено за те, що він 24 червня 2015 року приблизно о 14 годині, знаходячись у приміщенні магазину «Домашній» на АДРЕСА_1, до якого зайшов з метою придбання товарів, побачивши, що крім нього та продавця в магазині нікого немає, діючи з раптово виниклим умислом на заволодіння чужим майном, вчинив напад на продавця ОСОБА_3. При цьому ОСОБА_1 повалив потерпілу на підлогу, завдав один удар кулаком в обличчя, а потім затулив їй рот рукою, щоб вона не могла покликати на допомогу, та, приставивши до шиї ОСОБА_3 ніж, погрожував потерпілій фізичною розправою, вимагаючи у неї гроші.

Однак ОСОБА_3, скориставшись ситуацією, коли до магазину зайшов покупець, вирвалася від ОСОБА_1, вибігла з приміщення та викликала працівників охорони та міліції, які затримали ОСОБА_1.

Апеляційний суд Полтавської області ухвалою від 24 листопада 2015 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 21 квітня 2016 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишив без зміни, а касаційну скаргу прокурора, який брав участь у розгляді провадження судом першої інстанції, – без задоволення.

У заяві заступник Генерального прокурора України порушує питання про перегляд Верховним Судом України (далі – Суд) ухвали суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1 з підстав, передбачених пунктами 1 і 3 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), а саме неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, та невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Суду.

Прокурор вважає, що касаційний суд, як і суди нижчої ланки, дійшли хибного висновку про відсутність доказів наявності в ОСОБА_1 заздалегідь сформованого умислу на вчинення розбою, який виник ще до його потрапляння у приміщення магазину, та кваліфікуючої ознаки цього правопорушення – проникнення у приміщення. Зазначає, що дії засудженого мають бути кваліфіковані за частиною третьою статті 187 КК, оскільки намір заволодіти чужим майном виник у ОСОБА_1 ще до того, як він увійшов до магазину.

Обґрунтовуючи заяву, прокурор послався на отримані з Єдиного державного реєстру судових рішень копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 червня 2013 року та 3

березня 2015 року. У цих рішеннях суд касаційної інстанції врахував правову позицію, викладену в постанові Суду від 15 листопада 2012 року в справі № 5-15кс12, та визнав правильною кваліфікацію дій засуджених за частиною третьою статті 187 КК за кваліфікуючою ознакою – проникнення у приміщення, зазначивши, що ключовим у вирішенні питання про наявність чи відсутність ознаки проникнення у приміщення при вчиненні розбою є встановлення того, з якою метою особа ввійшла (потрапила) у приміщення.

На думку заявника, як в оскаржуваному рішенні, так і в наданих для порівняння судових рішеннях, йдеться про подібні правовідносини, до яких судом касаційної інстанції неоднаково застосовано одну і ту саму норму статті 187 КК за кваліфікуючою ознакою розбою, поєднаного з проникненням у приміщення.

Крім того, прокурор вважає, що судове рішення суду касаційної інстанції не відповідає висновку щодо застосування норми права, передбаченої частиною третьою статті 187 КК, викладеному в постанові Суду від 15 листопада 2012 року (справа № 5-15кс12).

З урахуванням наведених доводів заявник просить скасувати ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 квітня 2016 року, ухвалу Апеляційного суду Полтавської області від 24 листопада 2015 року та вирок Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 21 вересня 2015 року щодо ОСОБА_1 та направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Суду заслухала суддю-доповідача, думку прокурора про задоволення заяви з наведених у ній підстав, перевірила матеріали кримінального провадження та матеріали, додані до заяви, проаналізувала висновок члена Науково-консультативної ради при Суді, обговорила доводи заяви і дійшла такого висновку.

1. Ухвала суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1 переглядається з підстав, передбачених пунктами 1 і 3 статті 445 КПК, і за правилами глави 33 цього Кодексу.

2. За змістом заяви, при обґрунтуванні підстав для перегляду оспореного судового рішення, заявник, зокрема, заперечує правильність висновків суду щодо оцінки доказів та не погоджується зі встановленими судом першої інстанції фактичними обставинами справи.

Однак перевірка цих доводів перебуває поза межами визначеного законом предмета перегляду судових рішень Судом і може призвести до повторного касаційного розгляду, що не відповідатиме положенням статті 445 КПК та принципу правової визначеності.

Суд неодноразово звертав увагу в своїх рішеннях, що до його компетенції не належить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанції. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень.

Відтак перегляд оспореного судового рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які встановлені й визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту), та виходячи з тієї сукупності

доказів, з належністю, допустимістю, достовірністю та достатністю яких погодився касаційний суд.

Вирішуючи поставлені в заяві питання, Суд має з урахуванням фактичних обставин, встановлених судами нижчих ланок, зіставити і порівняти висновки суду касаційної інстанції про застосування норми матеріального закону в оспореному рішенні з висновками про застосування тієї самої норми права щодо подібних правовідносин у рішеннях, наданих для порівняння, а також визначити, чи відповідає/не відповідає правовій позиції, викладеній у висновку Суду, застосування (тлумачення) цієї норми права касаційним судом у рішенні, яке переглядається, і за наявності процесуальних підстав дати на них відповідь.

3. Предметом перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність за розбій, поєднаний з проникненням у приміщення (частина третя статті 187 КК).

Зміст поняття «проникнення» у нормативному визначенні ознак злочину, передбаченого частиною третьою статті 187 КК, висновується з правової природи конститутивних (визначальних) ознак складу злочину у взаємозв'язку та з урахуванням правозастосовної судової практики.

Логіко-граматичне тлумачення формулювання (словосполучення) «розбій, поєднаний з проникненням у приміщення», дає підстави вважати, що під проникненням до будь-якого приміщення слід розуміти: а) фізичне входження, потрапляння до нього з метою заволодіння майном, що знаходиться в ньому; б) доступ до майна, що знаходиться в приміщенні, будь-яким способом (без фізичного входження до нього), який дає змогу заволодіти таким майном, вилучити його із приміщення.

Відповідно до постанови Пленуму Суду від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище слід розуміти незаконне вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища. Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи названої кваліфікуючої ознаки, суди повинні з'ясовувати, з якою метою особа опинилась у житлі, іншому приміщенні чи сховищі та коли саме у неї виник умисел на заволодіння майном.

4. Правовий висновок про правильне застосування норми права за вчинення розбою, поєднаного із проникненням у приміщення, яке відбувається формально безперешкодно (вхід у торговельний зал, кафе, відділення банку, музей тощо під час роботи названих закладів та установ) Суд висловив у постанові від 15 листопада 2012 року в справі № 5-15кс12.

У цьому висновку Суд зауважив, що залежно від того, які фактичні ознаки складу суспільно небезпечного діяння будуть установлені, як ці ознаки будуть співвідноситися з ознаками складу злочину, що містяться у кримінально-правовій нормі, та від того, як вони трактуються й застосовуються на практиці,

можна виділити фізичний і юридичний (психологічний) критерії розуміння поняття «проникнення» та звернув увагу на їх характерні риси.

У тому разі, коли особа під впливом свого корисливого мотиву утвердилася в намірі заволодіти чужим майном, вона обирає механізм злочинної поведінки, який включає в себе етапи, зокрема мотивації злочину, цілепокладання, планування посягання, вибір шляхів досягнення цілі, прогнозування ризиків та можливих наслідків тощо. Через сукупність таких дій і суб'єктивне ставлення до них особи, яка їх вчинила, відбувається візуалізація останньої (позиціонування самої себе), тобто проявляються процеси діяння, які недоступні для безпосереднього спостереження.

Якщо суб'єкт злочину поставив собі за мету заволодіти майном певного виду (якості, значення тощо), місцезнаходження якого зумовлює вибір конкретного способу посягання, реалізація якого передбачає входження чи потрапляння в приміщення, незважаючи на режим доступу до нього (вільний/заборонений), то фізичне опинення в такому приміщенні з означеною ціллю є незаконним, а з учиненням подальших дій із застосуванням насильства чи погроз його застосування з метою заволодіння майном має кваліфікуватися як розбій, поєднаний з проникненням у приміщення.

Отже, визначальним критерієм для вирішення питання про наявність/відсутність у діях особи, яка вчиняє розбій, кваліфікуючої ознаки проникнення у приміщення, що відбувається формально безперешкодно, є суб'єктивне ставлення винної особи до вчинюваних ним дій. Зміст суб'єктивної сторони цього діяння розкривається через предмет – майно певного виду та об'єктивну сторону цього діяння – зовнішні поведінкові обставини, які в сукупності з іншими обставинами, визначають кримінально-правовий зміст суспільно небезпечного діяння. Важливим для юридичної оцінки цих дій за частиною третьою статті 187 КК є з'ясування того, яким майном до входження (потрапляння) особи у приміщення вона має намір заволодіти, як нею сприймається режим доступу до місця знаходження майна та який конкретний спосіб посягання на заволодіння чужим майном вона в зв'язку з цим обирає.

5. У кримінальному провадженні, в якому оспорюється ухвала суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1 зайшов до магазину «Домашній» з метою придбання товарів і, скориставшись відсутністю там, окрім нього та продавця, інших осіб, діючи з раптово виниклим умислом, вчинив напад на продавця ОСОБА_3, поєднаний із погрозою застосування кухонного ножа.

Із фактичних обставин, встановлених судами нижчої ланки, засвідчується, що доступ до приміщення магазину був вільним; ввійшовши до магазину, ОСОБА_1 не вживав будь-яких заходів, спрямованих на забезпечення сприятливих умов для вчинення розбою (не зачинив двері, аби перешкодити іншим особам потрапити всередину магазину), а навпаки, певний час спілкувався з продавцем ОСОБА_3 з приводу вибору товарів, хоча в приміщенні був сам на сам з потерпілою і лише згодом вчинив на неї напад; стороною обвинувачення не спростовано твердження ОСОБА_1 про постійне

носіння ним кухонного ножа з метою самозахисту, в тому числі й у день скоєння розбою.

Суд також встановив, що з'ясування питання про намір ОСОБА_1 заволодіти майном з підсобного приміщення магазину не може бути предметом судового розгляду, оскільки таке обвинувачення йому не висувалось.

Крім того, в матеріалах кримінального провадження даних, які б підтверджували, що ОСОБА_1 зайшов до магазину без грошових коштів, на що вказує заявник, немає.

За таких обставин, враховуючи встановлений судом характер дій ОСОБА_1 щодо заволодіння чужим майном, нормативне тлумачення положень частини третьої статті 187 КК і зіставлення ознак складу цього правопорушення з конкретним змістом фактичних обставин справи, дії ОСОБА_1 обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною першою статті 187 КК.

Ураховуючи наведене, суд касаційної інстанції дійшов правильного висновку, погодившись з рішенням місцевого суду про відсутність у діях ОСОБА_1 кваліфікуючої ознаки розбою – проникнення у приміщення.

6. У наданих для порівняння ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 червня 2013 року та 3 березня 2015 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння ОСОБА_1, однак небезпідставно отримали іншу кримінально-правову кваліфікацію за частиною третьою статті 187 КК за кваліфікуючою ознакою розбою, поєднаного з проникненням у приміщення.

Так, у справі щодо ОСОБА_2 (ухвала від 4 червня 2013 року) встановлено, що ОСОБА_2, одягнувши на голову заздалегідь підготовлену в якості маски жіночу шапку, увірвався до приміщення залу ігрових атракціонів, де шляхом погрози застосування електрошокового пристрою та предмета, подібного на кухонний ніж, напав на потерпілу, спричинивши їй тілесні ушкодження, після чого заволодів її майном. Суд касаційної інстанції дійшов висновку, що умисел на вчинення розбою на касира залу ігрових атракціонів виник у ОСОБА_2 заздалегідь, через брак власних грошових коштів, при цьому для досягнення бажаного результату він підготував маску, зробивши отвори у жіночій шапці, та взяв із собою електрошокер.

В іншому порівнюваному рішенні ОСОБА_8 засуджено за три епізоди розбою, вчиненого шляхом проникнення до приміщення магазинів, поєднаного із насильством, небезпечним для життя та здоров'я потерпілих, а саме застосуванням пістолета, та із погрозою застосування такого насильства. Як зазначив у цій справі суд касаційної інстанції, диспозицією частини третьої статті 187 КК не передбачено вказівки на незаконність проникнення у приміщення; ключовим у вирішенні питання про наявність чи відсутність ознаки проникнення при вчиненні розбою є встановлення того, з якою метою особа ввійшла (потрапила) у приміщення.

У постанові Суду від 15 листопада 2012 року, яка містить висновок щодо застосування норми права за частиною третьою статті 187 КК, якому, на думку заявника, не відповідає оспорена ухвала суду касаційної інстанції, встановлено,

що ОСОБА_13 з метою заволодіння спиртними напоями та грошовими коштами, озброївшись саморобним пристроєм для здійснення пострілів, натягнувши перед входом у кафе на обличчя маску, зайшов у кафе, де одразу ж направив на бармена та кухаря саморобний пристрій та з погрозою його застосування наказав віддати гроші, що знаходяться в кафе. Як зазначено в цій постанові, з огляду на те, що ОСОБА_13 позиціонував себе як особа, яка мала намір заволодіти майном кафе з його приміщення, проникнення в яке не пов'язувалось із режимом роботи, і поетапно реалізував цей намір, висновок суду про наявність у його діях ознак розбою, поєднаного із проникненням у приміщення, визнано правильним.

Отже, висновок Суду в цій справі ґрунтується на інших фактичних обставинах суспільно небезпечних діянь, ніж ті, які встановлені судами у справі щодо ОСОБА_1.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, яке поставлено за провину ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь у рішеннях, наданих для порівняння, дають підстави визнати, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо ОСОБА_1 застосував правильно, а його рішення узгоджується із судовою практикою та відповідає висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Суду від 15 листопада 2012 року в справі № 5-15кс12. Враховуючи викладене, в задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України належить відмовити.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як з підстави, передбаченої пунктом 4 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-39кс13

(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем)

Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем полягає в незаконному оберненні чужого майна на свою користь або на користь інших осіб з використанням службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби.

Для відповідальності за заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем не має значення, чи було таке майно

ввірене винній особі або перебувало в її законному віданні.

Враховуючи встановлений судом характер дій засудженого щодо заволодіння на свою та третіх осіб користь чужим майном, пов'язаних з використанням ним службового становища директора, вони обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною п'ятою статті 191 КК.

(Витяг)

Вироком Ленінського районного суду м. Вінниці від 23 березня 2012 року засуджено ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, за частиною п'ятою статті 191 Кримінального кодексу України (далі – КК) на дев'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати керівні посади на підприємствах, установах та організаціях незалежно від форм власності строком на два роки та з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, частиною другою статті 366 КК на чотири роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати керівні посади на підприємствах, установах та організаціях незалежно від форм власності строком на один рік, частиною третьою статті 209 КК на вісім років позбавлення волі з позбавленням права обіймати керівні посади на підприємствах, установах та організаціях незалежно від форм власності строком на три роки з конфіскацією майна, одержаного злочинним шляхом, та з конфіскацією майна, яке є його власністю, а на підставі статті 70 КК остаточно – на дев'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати керівні посади на підприємствах, установах та організаціях незалежно від форм власності строком на три роки з конфіскацією майна, одержаного злочинним шляхом, та з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

Цим же вироком засуджено ОСОБА_2 за частиною п'ятою статті 191, частиною другою статті 366, частиною третьою статті 209 КК, судові рішення щодо якого не оскаржуються.

Ухвалою апеляційного суду Вінницької області від 6 грудня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1.1 змінено й виключено з кваліфікації його дій за частиною третьою статті 209 КК вказівку про легалізацію коштів, одержаних злочинним шляхом.

Щодо ОСОБА_2 вирок у частині засудження за частиною п'ятою статті 191 та частиною третьою статті 209 КК скасовано, а справу повернуто прокурору на додаткове розслідування. З кваліфікації дій ОСОБА_2 за частиною другою статті 366 виключено ознаку – видача завідомо неправдивих документів. На підставі статті 49, частини п'ятої статті 74 КК ОСОБА_2 від відбування покарання за частиною другою статті 366 КК звільнено у зв'язку із закінченням строків давності.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2013 року вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1.1 змінено, його дії перекваліфіковано з частини другої на частину першу статті 366 КК в редакції, що діяла на час вчинення злочину, та призначено покарання у виді штрафу в розмірі 700 грн, від відбування якого на підставі статті 49 КК звільнено у зв'язку із закінченням строків давності. Крім

того, виключено із мотивувальних частин судових рішень посилання на вчинення ОСОБА_1.1 злочинів за попередньою змовою групою осіб із ОСОБА_2 та визначено вважати ці злочини вчиненими за попередньою змовою групою з особою, справу щодо якої виділено в окреме провадження. Остаточне покарання залишено без зміни.

ОСОБА_1.1 визнано винуватим у тому, що він, за обставин, встановлених судом і зазначених у судових рішеннях, як директор ІНФОРМАЦІЯ_2 разом із невстановленою особою, яка обіймала посаду директора ІНФОРМАЦІЯ_3, для заволодіння чужим майном використав (зловжив) своє службове становище, підробив службові документи і використав їх, внаслідок чого заволодів чужим майном – адміністративним будинком зі всіма господарськими будівлями АДРЕСА_1, чим заподіяв шкоду в особливо великих розмірах дійсному власнику вказаного майна – територіальним громадам Вінницької області в сумі 30 566 210, 75 грн та ІНФОРМАЦІЯ_4 в сумі 51 646, 35 грн, всього на суму 30 617 857,10 грн, що у 118 904 рази перевищувало неоподаткований мінімум доходів громадян.

З метою приховування цього злочину ОСОБА_1.1 та його співвиконавець викрадене майно внесли до статутного фонду ІНФОРМАЦІЯ_5, а відтак, легалізували заволодіння цим майном.

На підставі рішення Господарського суду Вінницької області про визнання права власності на нерухоме майно АДРЕСА_1 за ІНФОРМАЦІЯ_5 ІНФОРМАЦІЯ_6 здійснило реєстрацію права власності на це майно за вказаним товариством, у якому ОСОБА_1.1 належало 30 %, а ІНФОРМАЦІЯ_3 – 70 % статутного фонду.

У заявах про перегляд судового рішення засуджений та захисник Іщенко С.В. стверджують про неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

На думку заявників, суд касаційної інстанції неправильно застосував до ОСОБА_1.1 частину п’яту статті 191 КК, що потягло необґрунтоване засудження його за цим законом.

Вони також вважають, що суд касаційної інстанції не дослідив спосіб заволодіння майном та наявність (відсутність) у ОСОБА_1.1 як службової особи правоможності на управління та розпорядження майновим комплексом, усупереч обставинам справи визнав, що об’єктом посягання було державне майно, а не майно комунальної власності, не з’ясував правомірність розпорядження Вінницької обласної державної адміністрації (далі – облдержадміністрації) від 2 березня 1998 року про передачу майнового комплексу АДРЕСА_1 з балансу Вінницької корпорації «Сільгосптехніка» на баланс Управління агропромислового комплексу Вінницької облдержадміністрації.

Захисник Іщенко С.В. додатково зазначила, що суд касаційної інстанції проігнорував відсутність у справі даних, які б підтверджували, що майно було ввірене чи перебувало у віданні засудженого на законних підставах, що є

обов'язковою ознакою для кваліфікації діяння за статтею 191 КК за інкримінованою ОСОБА_1.1 ознакою.

На підтвердження доводів неоднакового правозастосування до заяви додано ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 лютого 2013 року. У цій справі ОСОБУ_1 виправдано за частиною п'ятою статті 191 КК, оскільки ОСОБА_1 розпорядилась майном, яке отримано ним неправомірно.

На обґрунтування тверджень заяви надано також ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 лютого 2013 року, в якій, попри розкриття змісту усіх форм заволодіння чужим майном, передбачених диспозицією статті 191 КК, кінцевим підсумком розгляду стало рішення про скасування ухвали суду апеляційної інстанції з процесуальних підстав – порушення вимог статті 377 КПК України 1960 року (далі – КПК 1960 року) в частині немотивування незгоди з доводами апеляції.

Заявники просять скасувати ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2013 року щодо ОСОБА_1.1 і направити справу на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді, пояснення захисника, яка підтримала заяви, прокурора про відсутність підстав для задоволення заяв, перевірила матеріали справи та, обговоривши доводи заяв, дійшла висновку, що вони не підлягають задоволенню.

Захисник та засуджений звернулися до Верховного Суду України із заявами про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2013 року з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Відповідно до цієї норми Закону Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень, що набрали законної сили, у разі неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і не переглядає питання щодо доведеності винуватості особи, невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи та неповноти й однобічності дослідження доказів.

Водночас, за змістом заяв, неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь заявники вбачають у неповноті дослідження судом касаційної інстанції питань правомірності розпорядження першого заступника голови обласної державної адміністрації Вінницької області від 2 березня 1998 року про передачу адміністративного будинку з господарськими приміщеннями АДРЕСА_1 з балансу ІНФОРМАЦІЯ_2 на баланс Управління

агропромислового комплексу Вінницької облдержадміністрації, належності майнового комплексу територіальним громадам Вінницької області, права ІНФОРМАЦІЯ_2 в особі генерального директора ОСОБА_1.1 розпоряджатись зазначеними приміщеннями, перебування їх у законному віданні останнього, що потягло невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи.

Однак перегляд судових рішень у кримінальних справах з мотивів неповноти судового розгляду та невідповідності викладених у судових рішеннях висновків суду фактичним обставинам справи, про що йдеться у заявах, не входить до компетенції Верховного Суду України при розгляді ним кримінальної справи у порядку, передбаченому главою 32^{1} КПК 1960 року.

В контексті конкретних фактичних обставин справи питання про наявність передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підстави для перегляду судового рішення Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України виходить із обсягу та змісту тих даних, які викладені у судових рішеннях, що набрали законної сили.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1.1 за попередньою змовою з невстановленою особою, знаючи, що адміністративний будинок з господарськими приміщеннями АДРЕСА_1 належить територіальним громадам Вінницької області, використав службове становище директора, посаду якого він обіймав, шляхом службового підроблення оформив право власності на зазначені будівлі за фіктивно створеним ІНФОРМАЦІЯ_2, яке не було правонаступником як обласного державного об'єднання ІНФОРМАЦІЯ_7, так і ІНФОРМАЦІЯ_2, що реорганізувалась із державного об'єднання ІНФОРМАЦІЯ_7. Внаслідок таких дій ОСОБА_1.1 як один із співзасновників та співвласників ІНФОРМАЦІЯ_2 став співвласником будівель та споруд за вказаною адресою, якими в подальшому спільно з невстановленою особою незаконно розпорядився – передав їх як внесок до статутного фонду ІНФОРМАЦІЯ_5, створеного ним на підставі неправдивих документів.

За таких обставин, враховуючи встановлений судом характер дій засудженого щодо заволодіння на свою та третіх осіб користь чужим майном, пов'язаних з використанням ним службового становища директора ІНФОРМАЦІЯ_2, вони обґрунтовано отримали юридичну оцінку за частиною п'ятою статті 191 КК.

При цьому відповідно до роз'яснень, що містяться в пункті 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», для відповідальності за заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем немає значення, чи було таке майно ввірене винній особі або перебувало в її законному віданні.

Заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем полягає в незаконному оберненні чужого майна на свою користь або на користь інших осіб з використанням службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби.

Саме використовуючи своє службове становище директора

ІНФОРМАЦІЯ_2, ОСОБА_1.1 заволодів майном комунальної власності та ІНФОРМАЦІЯ_4 всупереч інтересам служби.

В ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 лютого 2013 року щодо ОСОБИ_1, на яку зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено це рішення, попри подібність за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, отримали інакшу кримінально-правову кваліфікацію.

Аналізуючи наявність підстав для порівняння оспорюваного та зазначеного судового рішення касаційної інстанції, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України виходить з такого.

Погоджуючись із висновками судів нижчих інстанцій про відсутність в діях ОСОБИ_1 складу злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 КК, суд касаційної інстанції послався на те, що відповідальність за статтею 191 КК за заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем настає у разі, якщо воно було ввірене службовій особі чи перебувало у її віданні на законних підставах, а ОСОБА_1 розпорядився майном, яке отримано ним неправомірно (внаслідок шахрайства з фінансовими ресурсами).

З'ясування причин та умов такої кримінально-правової оцінки подібного до вчиненого ОСОБА_1.1 діяння відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} та частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року перебувають за межами предмета розгляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо законності та обґрунтованості такого рішення. Натомість вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди може бути прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Не може свідчити про неправильне застосування норм кримінального закону і надана для порівняння ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 лютого 2013 року, якою скасовано апеляційну ухвалу щодо ОСОБИ_7 та ОСОБИ_8, а справу направлено на новий апеляційний розгляд через порушення вимог статті 377 КПК, оскільки у цій касаційній ухвалі у зв'язку з прийнятим рішенням немає правового висновку щодо застосування інкримінованої засудженим норми кримінального закону.

Враховуючи викладене, Верховний Суд України не вбачає передбачених пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підстав для скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2013 року.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК

України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити в задоволенні заяв засудженого ОСОБА_1.1 та його захисника Іщенко С.В.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 року у справі № 5-30кс13

(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в аспекті розмежування його з шахрайством)

Обман, який застосовується під час викрадення чужого майна шляхом використання службового становища, має свої особливі, специфічні ознаки, які відрізняють його від обману при шахрайстві. Ця відмінність полягає в тому, що в першому випадку в основі обману (дезінформації), до якої вдається винна особа, завжди перебуває протиправне використання нею свого службового становища. Без застосування можливостей службового становища обман є недієвим і нездійсненним. Цей обман є різновидом обману, який через підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки був криміналізований, утворивши окрему форму злочинів проти власності. В останньому ж випадку заволодіння майном можливе без протиправного використання службового становища.

(Витяг)

Вироком Печерського районного суду м. Києва від 21 травня 2012 року ОСОБА_1.1, 5 лютого 1959 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною п'ятою статті 191 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк сім років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, строком на два роки та з конфіскацією майна, яке є його особистою власністю; за частиною третьою статті 209 КК - до позбавлення волі на строк вісім років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, строком на три роки з конфіскацією коштів, одержаних злочинним шляхом, у сумі 4 900 000 грн. та з конфіскацією майна, яке є його особистою власністю.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1.1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк вісім років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, строком на три

роки з конфіскацією коштів, одержаних злочинним шляхом, у сумі 4 900 000 грн. та з конфіскацією майна, яке є його особистою власністю.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 25 вересня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1.1 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 4 квітня 2013 року судові рішення стосовно ОСОБА_1.1 залишила без змін.

ОСОБА_1.1 засуджено за те, що він у період з 22 квітня 2004 року по 7 лютого 2005 року як засновник і директор ПП "Гермес сервіс груп" у складі організованої групи з особами, матеріали стосовно яких виділено в окреме провадження, заволодів державними грошовими коштами на загальну суму 4 900 000 грн. та легалізував ці кошти. Спосіб заволодіння чужими коштами полягав у тому, що відповідно до розробленого плану-схеми учасники групи уклали уявні угоди про придбання ПП "Гермес сервіс груп" морально застарілих електронних приладів – "комплекс обробки та накопичування на магнітному диску ЕС 5074", (залишкова вартість яких не перевищувала 833,3 грн.), нібито модифікували ці засоби для подальшого експорту їх за межі митної території України за нульовою ставкою ПДВ, відобразили у фінансових документах проведення експортної операції і отримання від нерезидента оплати за поставлені електронні прилади, задекларували ці операції в податкових документах і пред'явили їх для відшкодування з бюджету нібито сплачених сум ПДВ. Перераховані з бюджету державні кошти на рахунки ПП "Гермес сервіс груп" перевели в готівку і заволоділи ними.

Декларування результатів операцій з експорту електронних приладів і нібито переказ грошових коштів на банківські рахунки підприємства з метою приховування та маскування злочинного характеру грошових коштів - судом розцінено як легалізація злочинної діяльності.

У заяві та доповненні до неї засуджений ОСОБА_1.1 та захисник Шрам О.В. просять скасувати ухвалу суду касаційної інстанції від 4 квітня 2013 року та направити справу на новий касаційний розгляд. На їх думку, в діях ОСОБА_1.1 відсутні ознаки складу злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 КК, зокрема, така його ознака як зловживання службовим становищем та злочин, передбачений частиною третьою статті 209 КК, оскільки не було вчинено предикатного злочину.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду заявники посилаються на правову позицію, зазначену в ухвалі Верховного Суду України від 12 листопада 2009 року. У цій справі за обставин, подібних до суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1.1, касаційний суд не погодився з кваліфікацію дій ОСОБА_1 за частиною п'ятою статті 191 КК і, вважаючи, що мало місце заволодіння чужим майном шляхом обману, кваліфікував дії цієї особи за частиною четвертою статті 190 КК. Це рішення суду, як вважає заявник, є свідченням того, що касаційний суд у справі щодо ОСОБА_1.1 застосував ту норму статті 191 КК, яка не підлягала застосовуванню, і тим самим допустив неоднакове застосування однієї і тієї

самої норми закону про кримінальну відповідальність. На переконання заявників, таке правозастосування в практиці касаційного суду є достатньою підставою для перегляду оспореного рішення і визнання його незаконним.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Шрама О.В. про задоволення заяви із зазначених у ній доводів, думку прокурора про безпідставність доводів заяви і необхідність відмови у її задоволенні, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, зазначені в заяві, і дійшла висновку про таке.

Порівняння суспільно небезпечних діянь оспореного та порівнюваного рішень свідчить про їх подібність за об'єктом злочину та такою ознакою об'єктивної сторони, як спосіб учинення злочину у формі обману; спеціальним суб'єктом злочину та такими ознаками суб'єктивної сторони, як вина, корисливий мотив та мета. Водночас ці діяння отримали різну кримінально - правову оцінку: в оспореному рішенні за частиною п'ятою статті 191 КК, а в порівнюваному перекваліфіковані з частини п'ятої статті 191 КК на частину четверту статті 190 цього Кодексу.

Ця відмінність у правозастосуванні, що потягла ухвалення різних за змістом судових рішень, дає підстави Верховному Суду України (далі - Суд) розглянути заяву, вирішити питання щодо законності оспореного судового рішення і виробити правову позицію щодо того, яку норму закону про кримінальну відповідальність належить застосовувати до наведених обставин справи, і зазначити ознаки відмінності між нормами закону про кримінальну відповідальність, передбаченими статтями 190 і 191 КК.

У рішенні, наданому для порівняння, поведінка ОСОБИ 1, яка за статусом і колом повноважень, відповідає правовому становищу ОСОБА_1.1, була розцінена як обман (шахрайство).

Згідно зі статтею 190 КК шахрайство – це заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою.

Обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) чи зловживання довірою (недобросовісне використання довіри потерпілого) при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього. Обов'язковою ознакою шахрайства є добровільна передача потерпілим майна чи права на нього.

У статті 191 КК передбачено три форми обернення чужого майна на свою користь - це привласнення, розтрата або заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем.

Судова практика вже виробила сталі критерії (орієнтири) щодо розуміння правової природи такої форми злочину проти власності як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем. Визначальна ознака, яка відокремлює (відмежовує) це діяння від інших форм посягання на чужу власність, полягає в тому, що безоплатне обернення чужого майна на користь винної особи чи на користь іншої особи (осіб) відбувається через умисне протиправне використання можливостей службового становища. Предмети

майна, на яке спрямована злочинна поведінка службової особи, можуть мати різну правову природу. Зокрема, не виключається можливість заволодіння майном, на яке не поширюється компетенція службової особи або яке їй не ввірене й не перебуває у її віданні, чи таке майно є/перебуває у державній власності. Злочинне використання службового становища може виражатися у формі рішень, вказівок чи іншої спонукальної (зобов'язальної тощо) інформації. Як правило, ці рішення формуються заувальовано (приховано) від осіб (фізичних чи юридичних), які наділені правоможностями щодо майна, на яке спрямована протиправна поведінка винної особи. Ці особи під впливом таких рішень або вказівок (підстави, вимоги, умови тощо) не знають (можуть не знати) дійсної природи цих дій (документів) і фактично піддаються обману, внаслідок якого відбувається перехід майна на користь службової особи. Така форма обману ніби уподібнює його з обманом (дезінформацією), до якого вдаються винні особи під час заволодіння чужим майном шахрайським способом.

Проте обман, який застосується при викраденні чужого майна шляхом використання службового становища, має свої особливі, специфічні ознаки, які відрізняють його від обману при шахрайстві. Ця відмінність полягає в тому, що в першому випадку в основі обману (дезінформації), до якої вдається винна особа, завжди перебуває протиправне використання нею свого службового становища. Без застосування можливостей службового становища обман є недієвим і нездійсненним. Цей обман є різновидом обману, який через підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки був криміналізований в окрему форму злочинів проти власності. У другому ж випадку заволодіння майном можливе без протиправного використання службового становища.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_1.1 використав своє службове становище директора ПП "Гермес сервіс груп" і в складі організованої групи вчинив дії (характер і перелік яких зазначено у судовому рішенні), внаслідок яких заволодів державними грошима на суму 4 900 000 гривень.

Характер, послідовність та сукупність дій ОСОБА_1.1 саме як службової особи ПП "Гермес сервіс груп" створили ті умови і обстановку, за яких державні кошти безоплатно опинилися у нього та його спільників. Тобто в даному випадку використання ОСОБА_1.1 свого службового становища було тією необхідною дією, що перебуває у причиновому зв'язку з наслідком.

Аналіз фактичних підстав кваліфікації дій ОСОБА_1.1 і нормативне тлумачення положень закону про кримінальну відповідальність, за якою було кваліфіковано ці обставини, дають підстави зробити висновок про те, що касаційний суд правильно кваліфікував дії засудженого. Водночас доводи заяв про визнання незаконним цього рішення є безпідставними.

У судовому рішенні касаційної інстанції щодо ОСОБИ_1 (ухвала Верховного Суду України від 12 листопада 2009 року), на які зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність із

фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, отримало інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку.

З'ясування причин та умов такого застосування норм закону у зазначених судових рішеннях відповідно до пункту першого частини першої статті 400^{12} і частини другої статті 400^{22} КПК 1960 р., перебуває за межами предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Твердження заявників про відсутність у діях ОСОБА_1.1 ознак злочину, передбаченого частиною третьою статті 209 КК, не може бути предметом перегляду Судом із підстав, передбачених пунктом першим частини першої статті 400-12 КПК, оскільки не надано для порівняння судових рішень, які б ілюстрували неоднаковість у правозастосуванні. Перегляд судового рішення щодо застосування зазначеної норми закону без надання судових рішень для порівняння буде свідченням повторного касаційного розгляду справи Судом, що процесуальним законом обмежено.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 р., Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1.1 та захисника Шрама О.В.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-27кс12

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як заволодіння чужим майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем в аспекті розмежування його із зловживанням службовим становищем)

Під час кримінально-правової оцінки діянь, які одночасно посягають і на власність, і на належний порядок здійснення службової діяльності, слід виходити передусім із головного об'єкта конкретного посягання, визначившись із метою, мотивом злочинного діяння, спрямуванням основних зусиль винного та врахувавши законодавчо встановлені ознаки відповідних злочинів. При цьому, якщо зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає способом заволодіння майном підприємства, коли винний незаконно вилучає його з наявних фондів та

безоплатно привласнює, використовуючи своє службове становище як спосіб такого заволодіння, то має місце спеціальний склад службового зловживання, який належить кваліфікувати за статтею 191 КК. Якщо ж службове зловживання не супроводжується заволодінням майном, не пов'язане з протиправним вилученням та безоплатним оберненням майна у свою власність, а призвело до отримання іншої вигоди (корисливий мотив або інші особисті інтереси), яка не входить до складу об'єкта посягання, то має місце склад злочину, передбачений статтею 364 КК.

(Витяг)

Вироком Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 21 лютого 2011 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, громадянина України, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною третьою статті 27 і частиною другою статті 366 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчою та адміністративно-господарською діяльністю, зі звільненням від покарання на підставі пункту 3 частини першої статті 49, частини п'ятої статті 74 КК у зв'язку із закінченням строків давності; частиною другою статті 358 КК до позбавлення волі на строк два роки зі звільненням від покарання на підставі пункту 3 частини першої статті 49, частини п'ятої статті 74 КК у зв'язку із закінченням строків давності; частиною третьою статті 358 КК до обмеження волі на строк один рік зі звільненням від покарання на підставі пункту 3 частини першої статті 49, частини п'ятої статті 74 КК у зв'язку із закінченням строків давності; частиною третьою статті 27 і частиною п'ятою статті 191 КК до позбавлення волі на строк десять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчою та адміністративно-господарською діяльністю, з конфіскацією всього особистого майна.

ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні злочинів за таких обставин. На підставі розпорядження Кабінету Міністрів України від ІНФОРМАЦІЯ_2 матеріальні цінності мобілізаційного резерву ІНФОРМАЦІЯ_3 з державного матеріального резерву (далі – Держкомрезерв), що перебували на відповідальному зберіганні на складах ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4 (далі – ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4) у ІНФОРМАЦІЯ_5, були виведені з мобілізаційного резерву в порядку розбронювання та підлягали відпуску з державного резерву без наступного їх повернення для реалізації на конкурсній основі в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Ціни на матеріальні цінності такого роду, виходячи з якості продукції, строків її зберігання тощо, визначалися Держкомрезервом.

На початку вересня 2004 року ОСОБА_1, працюючи комерційним директором ТОВ ІНФОРМАЦІЯ_6 і достеменно знаючи про розбронювання та реалізацію зазначених матеріальних цінностей, загальною балансовою вартістю 2 млн 259 тис. 447 грн 71 коп., організував заволодіння вказаним майном Держкомрезерву в особливо великих розмірах за попередньою змовою зі службовими особами: начальником спецвідділу ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, який

відповідно до обійманої посади здійснював організацію розробки планів накопичення та розбронювання, відновлення й заміни матеріальних цінностей мобілізаційного резерву на ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, кримінальну справу щодо якого виділено в окреме провадження, та начальником управління мобілізаційних резервів Держкомрезерву, який відповідно до обійманої посади здійснював контроль за кількісним та якісним станом матеріальних цінностей мобілізаційного резерву на підприємствах-зберігачах, за дотриманням вимог з їхнього зберігання, відновлення, заміни, запозичення, розбронювання та своєчасного повернення, кримінальну справу щодо якого виділено в окреме провадження.

Згідно з розробленим планом та розподілом між ними ролей, ОСОБА_1 разом із начальником спецвідділу ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, який зловживаючи службовим становищем, забезпечив службове підроблення шляхом складання завідомо неправдивого офіційного документа – акта засідання постійної технічної комісії (далі – ПТК) на ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4 та додатків до нього ІНФОРМАЦІЯ_7, вказавши неправдиві відомості про дати закладення та строки зберігання даних матеріальних цінностей, хоча йому було відомо, що комісією з числа посадових осіб та спеціалістів ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4 (до якої входив і начальник спецвідділу) станом на 1 липня 2004 року було проведено перевірку наявності якісного стану, умов зберігання матеріальних цінностей та можливості їх використання, вартість яких становила 2 млн 259 тис. 447 грн 71 коп., та підписання зазначених документів з неправдивими відомостями членами комісії з числа співробітників ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4.

7 вересня 2004 року ОСОБА_1 підроблені документи – акт ПТК та додатки до нього ІНФОРМАЦІЯ_7 подав до Держкомрезерву і повідомив про це начальника управління мобілізаційних резервів Держкомрезерву, кримінальну справу щодо якого припинено у зв'язку зі смертю. Останній, достеменно знаючи про підроблені документи на матеріальні цінності мобілізаційного резерву Держкомрезерву, забезпечив їх подальший рух у Держкомрезерві. Унаслідок цього стартові ціни на зазначені матеріальні цінності в результаті застосування понижувального коефіцієнта було занижено на 1 млн 227 тис. 777 грн 25 коп.

Після цього ОСОБА_1 підготував (підробив) від імені підконтрольного йому фіктивного ПП ІНФОРМАЦІЯ_8 заявку до Держкомрезерву від ІНФОРМАЦІЯ_9 на участь у конкурсі з придбання зазначених розброньованих матеріальних цінностей, підписавши її за підставного директора ОСОБА_3, що дозволила ПП ІНФОРМАЦІЯ_8 взяти участь у конкурсі на придбання матеріальних цінностей мобілізаційного резерву.

ІНФОРМАЦІЯ_10 переможцем торгів відповідного конкурсу було визнано саме ПП ІНФОРМАЦІЯ_8 і з ним було укладено контракт від ІНФОРМАЦІЯ_11 року на придбання матеріальних цінностей мобілізаційного резерву Держкомрезерву за заниженою ціною – на суму 1 млн 152 тис. 312 грн 60 коп. без урахування податку на додану вартість.

Наприкінці ІНФОРМАЦІЯ_12 ОСОБА_1 повторно виготовив та подав до ДП «Укррезерв» підроблений документ – довіреність на своє ім'я від ПП

ІНФОРМАЦІЯ_8 на одержання матеріальних цінностей, а взамін отримав у ДП «Укррезерв» іншу довіреність на одержання у ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4 придбаних матеріальних цінностей.

Надалі ці матеріальні цінності, які продовжували зберігатися на території ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, через низку комерційних підприємств були реалізовані ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4 за ціною 4 млн 930 тис. 284 грн.

Згідно з вироком ОСОБА_1 та його співучасники, таким чином зловживаючи службовим становищем останніх та використовуючи підроблені документи, заволоділи майном Держкомрезерву на загальну суму 2 млн 259 тис. 447 грн 71 коп., тобто в особливо великих розмірах. У результаті зазначених злочинних дій Держкомрезерв недоотримав грошових коштів у розмірі 1 млн 227 тис. 777 грн 25 коп.

Дії ОСОБА_1 суд кваліфікував за: частиною третьою статті 27 і частиною п'ятою статті 191 КК як організація заволодіння чужим майном шляхом зловживання посадовою особою своїм службовим становищем, вчинене за попередньою змовою групою осіб, в особливо великих розмірах; частиною третьою статті 27 і частиною другою статті 366 КК як організація службового підроблення, тобто складання й видачі посадовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, що спричинило тяжкі наслідки; частиною другою статті 358 КК як підроблення документів, які видаються, посвідчуються підприємствами та які надають право з метою використання його підроблювачем, що здійснено повторно; частиною третьою статті 358 КК як використання завідомо підроблених документів.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Дніпропетровської області ухвалою від 8 червня 2011 року вирок Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 21 лютого 2011 року щодо ОСОБА_1 змінила. У порядку частини другої статті 365 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) 1960 року виключила з його мотивувальної частини вказівку про вчинення ОСОБА_1 злочинів разом із ОСОБА_4 та ОСОБА_5 і постановила вважати, що ОСОБА_1 як організатор вчинив злочини, передбачені частиною третьою статті 27 і частиною п'ятою статті 191, частинами другою, третьою статті 358, частиною третьою статті 27 і частиною другою статті 366 КК, разом з їх виконавцями – особою, кримінальну справу щодо якої закрито у зв'язку з його смертю, та особою, матеріали справи щодо якої виділено в окреме провадження. Виключила з вироку рішення суду про призначення ОСОБА_1 додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчою та адміністративно-господарською діяльністю. У решті вирок залишила без зміни. Постанову суду від 24 лютого 2011 року, якою на підставі статті 409 КПК 1960 року уточнювався вирок, скасувала.

Тернівський районний суд м. Кривого Рогу Дніпропетровської області рішенням від 12 квітня 2012 року задовольнив позов прокурора в інтересах держави в особі Держкомрезерву та постановив стягнути із ОСОБА_1 на користь держави шкоду в сумі 1 млн 227 тис. 777 грн 25 коп. Колегія суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Дніпропетровської

області ухвалою від 24 липня 2012 року це рішення залишила без зміни. Суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 22 серпня 2012 року відмовив у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою на зазначені судові рішення.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 3 липня 2012 року вирок Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 21 лютого 2011 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Дніпропетровської області від 8 червня 2011 року щодо ОСОБА_1 змінила. Пом'якшила ОСОБА_1 покарання за частиною третьою статті 27 і частиною п'ятою статті 191 КК до семи років позбавлення волі з конфіскацією всього особистого майна. У решті судові рішення залишила без зміни.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України засуджений ОСОБА_1 просить змінити ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 липня 2012 року, вирок Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 21 лютого 2011 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Дніпропетровської області від 8 червня 2011 року, перекваліфікувати його дії з частини третьої статті 27 і частини п'ятої статті 191 КК на частину третю статті 27 і частину другу статті 364 КК та призначити йому за цим законом покарання у виді позбавлення волі на строк три роки. Він стверджує, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував норми кримінального закону щодо корисливого зловживання службовими особами своїм службовим становищем, а саме – статті 364 і 191 КК. Зазначає, що таке рішення касаційного суду відрізняється від рішень того ж суду в інших справах, у яких подібні фактичні обставини суспільно небезпечних діянь суд кваліфікував інакше – як зловживання службовим становищем.

На обґрунтування неоднаковості застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь ОСОБА_1 посилається на правові висновки ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 січня 2011 року щодо Р., С. і У., якою залишено без зміни вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області від 27 листопада 2009 року (яким кожного з них засуджено за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 364 і частиною другою статті 366 КК), ухвали апеляційного суду Хмельницької області від 3 лютого 2010 року (якою справу в частині засудження їх за частиною другою статті 366 КК закрито у зв'язку із закінченням строків давності) та ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 лютого 2008 року щодо Р., засудженого за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 364, частиною першою статті 366, частиною другою статті 191 КК, та виправданого за частиною п'ятою статті 191, статтею 15 і частиною п'ятою статті 191, частиною першою статті 209 КК, якою вирок Хмельницького міськрайонного суду

Хмельницької області від 24 липня 2006 року та ухвалу апеляційного суду Хмельницької області від 26 вересня 2006 року щодо Р. змінено: виключено з описово-мотивувальної частини вироку посилання на необхідність виправдання Р. за частиною п'ятою статті 191, статтею 15 – частиною п'ятою статті 191 КК, а з резолютивної частини – рішення про його виправдання за цими статтями та постановлено вважати дії Р. перекваліфікованими з частини п'ятої статті 191, статті 15 і частини п'ятої статті 191 КК на частину другу статті 364 КК із призначенням за цим законом та за сукупністю злочинів такого покарання, яке визначив суд першої інстанції. У решті судові рішення залишено без зміни.

Адвокат ОСОБА_2 у заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України просить змінити ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 липня 2012 року, вирок Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 21 лютого 2011 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Дніпропетровської області від 8 червня 2011 року, перекваліфікувати дії ОСОБА_1 з частини третьої статті 27 і частини п'ятої статті 191 та частини третьої статті 27 і частини другої статті 366 КК на частину п'яту статті 27 і частину другу статті 364 КК та призначити йому за цим законом покарання у виді позбавлення волі на строк три роки. Він стверджує, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував частину п'яту статті 27 і частину другу статті 364, частину третю статті 27 і частину п'яту статті 191 та частину третю статті 27 і частину другу статті 366 КК щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Зазначає, що таке рішення касаційного суду відрізняється від рішення того ж суду в іншій справі, в якій подібні фактичні обставини суспільно небезпечних діянь суд кваліфікував інакше – як пособництво у зловживанні службовим становищем.

На підтвердження того, що має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, адвокат посилається на правові висновки ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 листопада 2011 року щодо М., засудженого за частиною п'ятою статті 27 і частиною другою статті 364 КК, якою залишено без зміни вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 15 листопада 2010 року та ухвалу апеляційного суду м. Києва від 29 квітня 2011 року щодо М.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який вважає, що в задоволенні заяв слід відмовити, оскільки суспільно небезпечні діяння у справах, судові рішення в яких надано для порівняння, не є подібними до тих, що інкриміновані ОСОБА_1, перевірила матеріали справи і викладені в заявах доводи, обговорила науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку, що заяви підлягають задоволенню частково за таких підстав.

Згідно з пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, Верховний Суд України виходить із установлених фактичних обставин, викладених у судовому рішенні, що набрало законної сили.

При цьому неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Подібними суспільно небезпечними діяннями належить розуміти два і більше різні, але схожі між собою суспільно небезпечні діяння, які мають спільні риси, ознаки (схожі за суб'єктним складом, об'єктивною стороною, формою вини, наслідками тощо).

Розглядаючи доводи адвоката щодо неправильної кваліфікації дій ОСОБА_1 в організації підроблення службовими особами офіційних документів та необхідності їх кваліфікації у цій частині як пособництво у зловживанні службовим становищем, зайве інкримінування дій ОСОБА_1 за частиною третьою статті 27 КК і частиною другою статті 366 КК – організація службової підробки, Судова палата виходить з такого.

Згідно зі статтею 33 КК сукупністю злочинів визнається вчинення особою двох або більше злочинів, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини КК, і в таких випадках кожен зі злочинів підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини КК.

У наведеному для порівняння судовому рішенні дії М., що виразились у завіренні фотокопій документів, які були підроблені іншими особами, та у доставленні їх до державного органу, не містять ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 366 КК, тому він і не був інкримінований М. Такі дії засудженого розцінені судом як сприяння виконавцю злочину, передбаченого частиною другою статті 364 КК, який завдяки використанню цих підроблених документів неправомірно заволодів бюджетними коштами, та правильно кваліфіковані судом як пособництво – за частиною п'ятою статті 27 і за тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем.

Натомість у справі щодо ОСОБА_1 установлено той факт, що, за організації останнього, службова особа, справу стосовно якої виділено в окреме провадження, безпосередньо підробила офіційні документи – акт ПТК та додатки до нього ІНФОРМАЦІЯ_7. Організатор же злочину несе відповідальність за той злочин, який скоєно його виконавцем. Крім того, жодні додаткові функції та ролі, котрі може виконувати організатор (зокрема, пособництво), не змінюють кваліфікації його дій, оскільки не збільшують ступеня його небезпечності.

Наведені вище суспільно небезпечні діяння не є подібними між собою, оскільки різняться як об'єктивною стороною, що вчинена їх виконавцями, так і за ступенем особистої участі в них їх співучасників. Що ж стосується тверджень заявника про необґрунтованість висновків суду щодо фактичних обставин вчинення злочинів його підзахисним, то вони виходять за межі цього провадження і не можуть братися до уваги при вирішенні питання щодо неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Як приклад неоднакового застосування норми кримінального закону засуджений ОСОБА_1 надав судове рішення щодо Р., який, працюючи директором приватного будівельно-виробничого комерційного підприємства ІНФОРМАЦІЯ_13 (далі – ІНФОРМАЦІЯ_13) та будучи службовою особою, уклав договір підряду на будівництво житла для військовослужбовців та іншої пільгової категорії громадян. Кошти, які надійшли з державного бюджету на зазначене будівництво, Р. використав на господарські потреби ІНФОРМАЦІЯ_13. Крім того, Р., склавши завідомо фіктивну довідку про вартість виконаних підрядних робіт, намагався отримати на рахунок ІНФОРМАЦІЯ_13 ще й іншу частини субвенції, виділеної із спеціального фонду державного бюджету, але злочинна діяльність Р. була виявлена правоохоронними органами.

У цій справі суд касаційної інстанції погодився з висновком місцевого суду про відсутність у діях Р. ознак злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 та статтею 15 і частиною п'ятою статті 191 КК, оскільки його дії щодо зловживання своїм службовим становищем із корисливих мотивів не були пов'язані з безоплатним оберненням майна у свою власність, у зв'язку з чим дії Р. були перекваліфіковані на частину другу статті 364 КК. На думку заявника, суспільно небезпечні діяння у його справі та у справі щодо Р. поєднані між собою відсутністю ознаки безоплатного обернення майна у свою власність, а отже, його дії так само не можуть бути кваліфіковані за статтею 191 КК.

Із приводу наведеного слід зазначити, що хоча такий висновок суду касаційної інстанції у справі щодо Р. є цілком слушним, однак зіставлення фактичних обставин оспорюваного та порівнюваного суспільно небезпечних діянь в обсязі, встановленому судами, не дає підстави вважати, що вони є подібними між собою.

При кримінально-правовій оцінці діянь, які одночасно посягають і на власність і на належний порядок здійснення службової діяльності, слід виходити передусім із головного об'єкта конкретного посягання, визначившись із метою, мотивом злочинного діяння, спрямуванням основних зусиль винного та врахувавши законодавчо встановлені ознаки відповідних злочинів. При цьому, якщо зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає способом заволодіння майном підприємства, при якому винний незаконно вилучає його з наявних фондів та безоплатно привласнює, використовуючи своє службове становище як спосіб такого заволодіння, то має місце спеціальний склад службового зловживання, який належить

кваліфікувати за статтею 191 КК. Якщо ж службове зловживання не супроводжується заволодінням майном, не пов'язане з протиправним вилученням та безоплатним обертанням майна у свою власність, а призвело до здобуття іншої вигоди (корисливий мотив або інші особисті інтереси), яка не входить до складу об'єкта посягання, то має місце склад злочину, передбачений статтею 364 КК.

Згідно з частиною другою статті 29 КК організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. Організатором же згідно з частиною третьою статті 27 КК визнається особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Тобто правильність правозастосування щодо ОСОБА_1 цілком залежить від правильності оцінки діянь його співучасників.

У кримінальній справі, в якій заперечується правильність правозастосування, суд дійшов висновку, що посадові особи-співучасники ОСОБА_1 (справу щодо однієї з яких закрито у зв'язку зі смертю, а справу щодо іншої виділено в окреме провадження) за попередньою змовою з останнім, групою осіб заволоділи чужим майном в особливо великих розмірах шляхом зловживання своїм службовим становищем та службової підробки акта ПТК та додатків до нього щодо технічного стану матеріальних цінностей мобілізаційного резерву, що знаходились на відповідальному зберіганні у ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4. При цьому перший із виконавців безпосередньо займався підробленням офіційних документів та підписанням їх членами комісії з числа співробітників ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, а другий, знаючи про їх фіктивність, забезпечив їх подальший рух у Держкомрезерві. Предметом злочину у цій справі визнано майно Держкомрезерву вартістю 2 млн 259 тис. 447 грн 71 коп., у результаті продажу якого за протиправно заниженою ціною держава в особі Держкомрезерву недоотримала грошових коштів у сумі 1 млн 227 тис. 777 грн 25 коп. Недоотримані грошові кошти в сумі 1 тис. 227 тис. 777 грн 25 коп. були стягнуті з ОСОБА_1 в порядку цивільного судочинства за позовом прокурора в інтересах держави як встановлена вироком суду шкода, заподіяна злочином.

У справі щодо Р., С. та У., судове рішення в якій надано засудженим як приклад неоднакового застосування норми матеріального закону, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, скоєних засудженими, подібні до тих, організація яких інкримінована ОСОБА_1, і за суб'єктним складом – посадові особи атомної електростанції зловжили своїм службовим становищем, і за способом вчинення злочину – підроблення офіційного документа (акта контролю), завдяки якому безпідставно занижено вартість майна, і за наслідками злочину – недоотримання власником майна відповідних коштів унаслідок відчуження цього майна за протиправно заниженою ціною. Як і начальник спецвідділу ВАТ ІНФОРМАЦІЯ_4, справу щодо якого виділено в окреме провадження, так і Р., С. і У. як виконавці злочину, зловживаючи своїм службовим становищем, вчинили службове підроблення офіційного документа, складання якого входило до їхніх службових повноважень, і фіктивний зміст

якого надалі спричинив значне зниження вартості майна електростанції під час його законного відчуження, у результаті чого власник майна зазнав матеріальних збитків, недоотримавши значної суми грошових коштів. Участь начальника управління Держкомрезерву, справу щодо якого закрито у зв'язку зі смертю, в організованому ОСОБА_1 злочині обмежилась бездіяльністю за обставин, коли службові повноваження вимагали контролювати достовірність даних про матеріальні цінності мобілізаційного резерву, у тому числі при опрацюванні їх у Держкомрезерві під час процедури, ініційованої урядом. В обох справах злочинне посягання виконавців фактично було спрямоване головним чином на належний порядок здійснення службової діяльності, а відчуження майна виступало способом здобуття вигоди на користь третьої особи (в цьому випадку на користь підприємця ОСОБА_1), і ця грошова вигода не входить до складу об'єкта основного посягання виконавців. Проте діяння Р., С. та У. отримали іншу, ніж у справі щодо ОСОБА_1, кримінально-правову оцінку: їхні дії кваліфіковано за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 366 і частиною другою статті 364 КК.

Зіставлення правових висновків оскарженого рішення та порівнюваного у справі щодо Р., С. та У. дає підстави зробити висновок про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

У зв'язку з цим судове рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 в оспореній частині правозастосування статті 191 і 364 КК, за винятком рішення про звільнення ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності на підставі статті 49 КК, підлягає скасуванню, а справа в цій частині, встановивши помилковість висновків суду касаційної інстанції, направленню на новий касаційний розгляд, оскільки Верховний Суд України процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяви засудженого ОСОБА_1 та його захисника ОСОБА_2 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 липня 2012 року щодо ОСОБА_1, за винятком рішення про звільнення ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності на підставі статті 49 КК, скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 23 січня 2014 року
у справі № 5-48кс13

(рішення про правильну кваліфікацію заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем – в аспекті розмежування його із зловживанням службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим в інтересах третіх осіб, із заподіянням істотної шкоди або тяжких наслідків юридичній особі)

Основні відмінності аналізованих злочинів «полягають в тому, що службова особа при скоєнні злочину, передбаченого статтею 364 КК, зловживаючи своїм службовим становищем, заподіює майнову шкоду власнику при відсутності хоча б однієї ознаки розкрадання чужого майна, в тому числі в формі розтрати шляхом зловживання службовим становищем, зокрема за відсутності безоплатності (коли здійснюється оплатна реалізація майна, в тому числі в певних випадках за зниженими цінами), безповоротності вилучення (коли майно не витрачено та існує можливість його повернення або коли має місце його тимчасове запозичення) тощо»[1].

(Витяг)

Вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 12 жовтня 2012 року ОСОБА 3, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, таку, що судимості не має, засуджено за частиною п’ятою статті 191 Кримінального кодексу України (далі - КК) із застосуванням статті 69 КК на п’ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки без конфіскації майна; за частиною першою статті 366 КК до штрафу в розмірі п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (вісімсот п’ятдесят грн.) з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки шість місяців. На підставі статті 70 КК за сукупністю цих злочинів шляхом поглинення менш сурового покарання більш суворим ОСОБА 3 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк п’ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки без конфіскації майна і на підставі статті 75 КК її звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки з покладенням на неї обов'язків, передбачених пунктами 2-4 частини першої статті 76 КК України: не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу органу кримінально-виконавчої інспекції, повідомляти цей орган про зміну місця проживання та періодично з’являтися для реєстрації.

ОСОБА 3 визнано винуватою у тому, що вона як директор комунального підприємства (далі – КП) «ІНФОРМАЦІЯ 2» за попередньою змовою з особою,

[1] Текст наведено в редакції суду.

справа щодо якої виділена в окреме провадження у зв'язку з розшуком (далі – іншою особою), відповідно до їх спільного злочинного умислу, 30 квітня 2010 року, не ставлячи підлеглого бухгалтера про свої наміри, дала йому вказівку про перерахування коштів КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» на банківські рахунки двох господарських товариств за нібито виконані ними певні роботи, і таким способом шляхом зловживання службовим становищем розтратила кошти КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» на суму 2 464 000 грн, що є особливо великим розміром, та для приховання розтрати склала завідомо неправдиві офіційні документи.

Апеляційний суд міста Києва вироком від 28 лютого 2013 року скасував вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 12 жовтня 2012 року в частині звільнення ОСОБА 3 від відбування покарання на підставі статті 75 КК, і постановив новий вирок, яким засудив її за частиною п'ятою статті 191 КК із застосуванням статті 69 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 366 КК - до штрафу в розмірі п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки шість місяців, і на підставі статті 70 КК за сукупністю цих злочинів шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим остаточно визначив ОСОБА 3 покарання у виді позбавлення волі на п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки з конфіскацією майна. У решті вирок суду першої інстанції залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 16 липня 2013 року змінила вирок Апеляційного суду міста Києва від 28 лютого 2013 року щодо ОСОБА 3 і пом'якшила призначене їй основне покарання за частиною п'ятою статті 191 КК із застосуванням статті 69 КК до двох років шести місяців позбавлення волі та на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених частиною п'ятою статті 191 та частиною першою статті 366 КК України в редакції Закону України від 11 червня 2009 року, визначила остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк два роки шість місяців з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки з конфіскацією майна.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України ОСОБА 3 посилається на те, що касаційний суд застосував щодо неї ту норму закону про кримінальну відповідальність, яку не застосував щодо подібного до інкримінованого їй суспільно небезпечного діяння. Зокрема вона вважає, що її дії належало кваліфікувати за частиною другою статті 364 КК, а не частиною п'ятою статті 191 КК, оскільки вона не мала матеріальної вигоди від учинених нею дій, а діяла, побоюючись звільнення з посади директора КП «ІНФОРМАЦІЯ 2».

На обґрунтування наявності підстав для перегляду справи Верховним Судом України ОСОБА 3 надала копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 2 квітня 2013 року. У цій справі касаційний суд погодився з рішенням апеляційного суду про наявність підстав для перекваліфікації дій засуджених з частини п'ятої статті 191 КК на частину другу статті 364 КК, оскільки дійшов висновку, що винним особам, які обіймали посади директорів державних підприємств і перерахували кошти на підставі договорів, на момент їх укладання та перерахування коштів не було відомо, що інший учасник договорів увів їх в оману і не мав наміру виконувати договірних зобов'язань, що виключало наявність у засуджених прямого умислу на розтрату ввірених їм державних коштів.

В іншій ухвалі від 5 лютого 2013 року, наданій ОСОБА 3 для порівняння, касаційний суд також погодився з аналогічною перекваліфікацією дій засуджених. Зокрема суд зазначив, що винні особи, які займали посади голови правління Калузького районного споживчого товариства (далі – РСТ) та головного інженера цього товариства, призначеного ліцитатором аукціонної комісії, та, діючи в інтересах третіх осіб, реалізували останнім об'єкти нерухомості РСТ по занижених цінах, вчинили не розтрату майна товариства, а зловживання службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки товариству, оскільки виручені від реалізації основних засобів кошти звернули на погашення заборгованості РСТ по кредитах.

ОСОБА 3 також порушує питання про неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми статті 75 КК. Посилається на те, що зазначена норма регламентує звільнення від відбування покарання, а це, на її думку, не стосується питань призначення покарання, звільнення від нього та від кримінальної відповідальності, а тому не існує обмежень для перегляду справи щодо неї Верховним Судом України. Вказує на те, що у подібних до її обставин та даних про особу касаційний суд визнавав правильним звільнення інших осіб від відбування покарання з випробуванням за злочин, передбачений частиною п'ятою статті 191 КК. Такий підхід касаційного суду у порівнюваних рішеннях, на її думку, дає підстави для застосування статті 75 КК і до неї.

На підтвердження цих доводів посилається на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 квітня 2011 року, від 26 січня і 5 липня 2012 року, від 24 січня, 12 березня та 13 червня 2013 року.

ОСОБА 3 просить Верховний Суд України прийняти рішення, яким скасувати ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 липня 2013 року, перекваліфікувати її дії з частини п'ятої статті 191 КК на частину другу статті 364 КК та застосувати щодо неї статтю 75 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді, пояснення захисників ОСОБА 1 та ОСОБА 2 про задоволення заяви ОСОБА 3, пояснення прокурора Курапова М.В. про безпідставність заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження за заявою ОСОБА 3, проаналізувала наукові висновки членів

Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви та дійшла висновку про таке.

1. Порівняння суспільно небезпечних діянь оспореного рішення і порівнюваних рішень суду касаційної інстанції від 5 лютого 2013 року та від 2 квітня 2013 року свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, зокрема, за предметом посягання, спеціальним суб'єктом злочинів, такими ознаками об'єктивної сторони, як спосіб злочинної поведінки - зловживання службовим становищем і наслідками у виді матеріальної шкоди, заподіяної юридичній особі, та такою ознакою суб'єктивної сторони, як вчинення дій на користь третіх осіб. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспореному рішенні - за частиною п'ятою статті 191 КК, а в порівнюваних – за частиною другою статті 364 КК. Це відповідно до вимог статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) дає підстави Верховному Суду України розглянути в цій частині заяву ОСОБА 3, вирішити питання щодо законності прийнятого відносно неї оспореного судового рішення і визначити ознаки відмінності між нормами закону про кримінальну відповідальність, передбаченими статтями 191 і 364 КК.

Згідно з положеннями статті 400-11, пункту 1 частини першої статті 400-12, частини першої статті 400-21 КПК 1960 року перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені та визнані доведеними судами першої та апеляційної інстанцій та з якими погодився суд касаційної інстанції.

ОСОБА 3 визнана винною у розтраті чужого майна шляхом зловживання службовим становищем директора КП «ІНФОРМАЦІЯ 2», тобто у вчиненні злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 КК.

За нормативним визначенням розтратою чужого майна визнається умисне, протиправне, безоплатне, безповоротне (назавжди) обернення (витрачання) на користь інших осіб шляхом споживання, безоплатної передачі, дарування, передачі в рахунок погашення боргу тощо винною особою чужого майна, яке їй ввірено, тобто на законних підставах надано для забезпечення зберігання, використання та розпорядження ним, чи майна, яке перебуває в її віданні, тобто щодо якого вона наділена повноваженнями тільки по розпорядженню ним і його використанню.

Розтрата чужого майна шляхом зловживання службовим становищем передбачає вчинення зазначених вище дій службовою особою з використанням всупереч інтересам служби при витрачанні чужого майна наданої їй влади, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, яке виступає способом розтрати і утворює спеціальний склад службового зловживання (частина друга статті 191 КК). Ці дії можуть вчинятися винною службовою особою в тому числі шляхом надання вказівки підлеглій особі здійснити видачу чи передачу майна третій особі.

Розтрата вчиняється шляхом активної поведінки і вважається закінченою з моменту витрачання винною особою чужого майна, в тому числі з моменту його передачі від власника до третьої особи.

У результаті розтрати чужого майна шляхом зловживання службовим становищем винна службова особа, вчинивши з використанням свого службового становища дії з незаконного вилучення із активів (фондів) юридичної особи, у якої вона обіймає посаду, майна або коштів і передачі їх третім особам (фізичним чи юридичним), фактично забезпечує збільшення їх доходів, поліпшує їх майнове становище внаслідок виникнення у них можливості безпосереднього використання незаконно отриманого ними чужого майна.

З огляду на зазначені матеріальні ознаки, дії винної особи, яка вчиняє шляхом зловживання службовим становищем розкрадання чужого майна у формі його розтрати - передачі третім особам для задоволення їх корисливих інтересів, характеризуються корисливим мотивом і метою обернення чужого майна на користь третіх осіб.

Розтрата чужого майна шляхом зловживання службовим становищем здійснюється тільки з прямим умислом, коли винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій, передбачає їх суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання.

У результаті розтрати чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем для власника цього майна виникають наслідки у вигляді тільки реальної майнової шкоди, прямих майнових збитків, які носять характер нестачі і можуть приховуватись вчиненням службового підроблення, що потребує додаткової кваліфікації за статтею 366 КК.

Розмежування розтрати чужого майна шляхом зловживання службовим становищем (стаття 191 КК) від зловживання службовим становищем, вчиненим в інтересах третіх осіб із заподіянням істотної шкоди або тяжких наслідків юридичній особі (стаття 364 КК), здійснюється за характером наслідків, способом їх заподіяння та за формою вини.

Зокрема за статтею 364 КК шкода може полягати як у прямих матеріальних збитках, так і в упущеній вигоді; злочин може вчинятися як шляхом активної поведінки, так і бездіяльності; форма вини при вчиненні цього злочину може бути як умисна, так і необережна – щодо наслідків; майнова вигода винною особою отримується не внаслідок незаконного вилучення та безоплатного обернення на користь третіх осіб майна, а за рахунок незаконного використання майна, тимчасового його вилучення, приховування раніше заподіяних збитків тощо. Також зловживання службовим становищем при вчиненні злочину, передбаченого частиною другою статті 191 КК, виступає способом розкрадання чужого майна, а при зловживанні службовим становищем, відповідальність за яке передбачена статтею 364 КК, службова особа не розкрадає чуже майно, а, діючи всупереч інтересам служби і протиправно отримуючи вигоду із свого службового становища, заподіює власникові майнову шкоду.

Таким чином, можна зробити висновок, що основні відмінності полягають в тому, що службова особа при скоєнні злочину, передбаченого статтею 364 КК, зловживаючи своїм службовим становищем, заподіює майнову шкоду власнику при відсутності хоча б однієї ознаки розкрадання чужого майна, в

тому числі в формі розтрати шляхом зловживання службовим становищем, зокрема за відсутності безоплатності (коли здійснюється оплатна реалізація майна, в тому числі в певних випадках за зниженими цінами), безповоротності вилучення (коли майно не витрачено та існує можливість його повернення або коли має місце його тимчасове запозичення) тощо.

Слід зазначити, що Верховний Суд України раніше висловив правовий висновок про ознаки відмінності між аналізованими видами злочинів, пов'язаних із зловживанням службовим становищем. У цьому висновку Верховний Суд України, з поміж іншого, зазначив, що у тому разі, коли зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає способом розкрадання чужого майна, при якому винний незаконно вилучає та безоплатно обертає майно на свою користь чи користь третіх осіб, то такі дії утворюють спеціальний склад зловживання службовим становищем і мають кваліфікуватися за статтею 191 КК. Якщо ж службове зловживання не супроводжується розкраданням чужого майна (в будь-якій формі), не пов'язується з протиправним вилученням та безоплатним оберненням його у свою власність чи власність третіх осіб, а призводить до набуття іншої вигоди, то ці дії охоплюються диспозицією статті 364 КК (справа № 5-27кс12).

У кримінальній справі, в якій заперечується правильність правозастосування, суд дійшов висновку, що ОСОБА 3 як директор КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» була наділена службовими повноваженнями розпоряджатися майном і коштами підприємства для забезпечення його прибуткової діяльності, ефективного використання та зберігання закріпленого за підприємством комунального майна, тобто правомочністю розпоряджатися ввіреними їй грошовими коштами; саме вона використала своє службове становище всупереч інтересам служби і прийняла рішення про вилучення грошових коштів КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» і безоплатне та безповоротне перерахування їх на користь третіх осіб.

Ці дії за своїми ознаками утворюють розтрату чужого майна шляхом зловживання службовим становищем і правильно кваліфіковані як злочин проти власності (частина п'ята статті 191 КК).

Той факт, що рішення про вилучення грошей з рахунку КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» і перерахування їх на користь третіх осіб було ініційоване іншою особою, і те, що, за показаннями засудженої, особисто вона не заволоділа цими грошима, не змінює характеру інкримінованого ОСОБА 3 діяння проти власності і не впливає на його кримінально-правову оцінку.

Відповідно до частини четвертої статті 41 КК особа, що виконала явно злочинний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

У цій справі, за визнанням самої ОСОБА 3, вона усвідомлювала, що наказ іншої особи був явно незаконним, оскільки ніяких договірних відносин у КП «ІНФОРМАЦІЯ 2» з тими юридичними особами, на користь яких належало перерахувати кошти, не існувало і ніяких послуг для КП вони не надавали і надавати не повинні були, але вона виконала наказ тільки тому, що боялася

втратити роботу. Отже, виконавши наказ про перерахування грошей на користь третіх осіб, ОСОБА 3 розуміла, що у такий спосіб вчиняє розтрату чужого майна з використанням свого службового становища.

Неотримання службовою особою особисто вигоди при тому, що таку вигоду отримують треті особи, на користь яких перераховані кошти, не виключає наявності в її діях ознак розтрати чужого майна шляхом зловживання службовим становищем, оскільки попри те, що майно безоплатно обертається на користь третіх осіб, водночас реалізується корисливий інтерес особи, яка, зловживаючи службовим становищем, вчинила дії з перерахування коштів.

В ухвалах судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 лютого та від 2 квітня 2013 року фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, подібні за окремими елементами складу злочину з обставинами діяння, вчиненого ОСОБА 3, однак слушно отримали інакшу кримінально-правову кваліфікацію, а саме за частиною другою статті 364 КК.

У цих справах суд касаційної інстанції погодився с висновками судів нижчої ланки про відсутність в діях засуджених ознак злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 КК, оскільки поставлене їм за провину зловживання своїм службовим становищем не було пов'язано з безоплатним, безповоротним оберненням майна на користь третіх осіб. У цих справах у винних осіб протиправне використання своїх службових повноважень було зумовлено такими причинами, в основі яких не було, а тому і не реалізовувався намір на розкрадання чужого майна. Наслідки, які фактично настали від дій цих осіб, та злочинна мета цих дій повністю охоплюються диспозицією статті 364 КК.

Зіставлення фактичних обставин оспорюваного та порівнюваних суспільно небезпечних діянь в обсягах, установлених у судових рішеннях, не дає підстав вважати, що до діяння, вчиненого ОСОБА 3, належало застосувати норму статті 364 КК, а не норму статті 191 КК. У свою чергу, ці висновки спростовують твердження у заяві про наявність неоднакового застосування однієї і тієї ж норми закону про кримінальну відповідальність (статті 364 КК) в подібних суспільно небезпечних діяннях.

2. Згідно з пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Ця процесуальна норма закону містить застереження, що із зазначених у ній підстав не переглядаються судові рішення з питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності.

У заяві ОСОБА 3 вказує, що за рішенням суду касаційної інстанції призначене їй покарання належить відбувати реально, тоді як у порівнюваних рішеннях за діяння, аналогічні інкримінованим їй, з огляду на схожі дані про особу та обставини, що впливають на покарання, прийняті рішення про

звільнення засуджених від відбування основного покарання з випробуванням (стаття 75 КК). На переконання ОСОБА 3, конкретні обставини її справи та обставини порівнюваних рішень є подібними і роблять можливим звільнення її від відбування покарання на підставі норми, застосованої у порівнюваних рішеннях. При цьому, стверджуючи про неправильне призначення їй покарання, заявниця по суті в заяві посилається на місце цієї норми в Загальній частині КК і не наводить аргументів про неоднакове застосування судами касаційної інстанції зазначеної норми закону.

Аналіз юридичних термінів і понять, які використані у статтях розділу X1 «Призначення покарання» і розділу ХП «Звільнення від покарання та його відбування» КК, свідчить про те, що поняттям «звільнення від покарання» охоплюються й окремі різновиди звільнення від відбування покарання особи, яка його не відбувала взагалі, в тому числі і звільнення від відбування покарання з випробуванням, передбачене статтею 75 КК; таке звільнення, як видно зі змісту цієї статті, безпосередньо пов'язане з призначенням судом покарання винній особі.

Слід визнати, що положення статті 75 КК, яка передбачає звільнення від відбування покарання з випробуванням, стосуються питань призначення покарання і звільнення від нього, незалежно від того, в якому розділі КК України знаходиться зазначена стаття кримінального закону.

Для визначення, чи входить застосування норми статті 75 КК до застережень, зазначених у пункті 1 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року, треба враховувати, що прийняття судом рішення про призначення покарання або звільнення від нього (від відбування покарання) включає такі складові, як: а) дотримання судом нормативно визначених в законі формальних вимог, які стосуються неконкретизованого кола осіб; б) дотримання судом визначених законодавством вимог, які стосуються конкретної винної особи і пов'язані із суддівським розсудом (дискреційними повноваженнями, тобто правозастосовною інтелектуально-вольовою діяльністю суду з передбаченого кримінальним законом правом вибору одного з можливих варіантів рішення у кримінальній справі).

У першому випадку порушення судом нормативно визначених в законі формальних вимог застосування статті 75 КК, зокрема таких умов звільнення від відбування покарання з випробуванням, як призначення судом за вчинений злочин основного покарання того виду, який вказаний в частині першій статті 75 КК України, обмеження строку позбавлення волі п'ятьма роками, не призначення додаткового покарання у виді конфіскації майна тощо, в разі порівняння з рішенням, в якому дотримані ці законні вимоги, є підставою для перегляду Верховним Судом України оспореного рішення, оскільки чітко встановлюється неоднаковість правозастосування однієї і тієї ж норми кримінального закону поза межами призначення покарання в залежності від даних про особу засудженого, і усунення зазначеного порушення відповідає цілям діяльності Верховного Суду України із забезпечення однакового застосування судами (судом) касаційної інстанції норм матеріального права (ст.

17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») та не є втручанням в інтелектуально-вольову складову прийняття судом рішення.

У другому випадку прийняття судом рішення про призначення конкретній винній особі покарання, звільнення від нього та від його відбування прямо стосується застереження, викладеного в пункті 1 частини першої статті 400-12 КПК.

Зі змісту заяви випливає, що ОСОБА 3 фактично порушує питання про недотримання судом визначених законодавством вимог, що стосуються конкретної винної особи і пов'язані із суддівським розсудом (дискреційними повноваженнями).

Поняття судової дискреції (судового розсуду) у кримінальному судочинстві охоплює повноваження суду (його права та обов'язки), надані йому державою, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, та інтелектуально-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості та достатності обраного покарання тощо.

Підставами для судової дискреції (судового розсуду) при призначенні покарання виступають: кримінально-правові відносно-визначені (де встановлюються межі покарання) та альтернативні (де передбачено декілька видів покарань) санкції; принципи права; уповноважуючи норми, в яких використовуються щодо повноважень суду формулювання «може», «вправі»; юридичні терміни та поняття, які є багатозначними або не мають нормативного закріплення, зокрема «особа винного», «щире каяття» тощо; оціночні поняття, зміст яких визначається не законом або нормативним актом, а правосвідомістю суб'єкта правозастосування, наприклад, при врахуванні пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин (статті 66, 67 КК), визначенні «інших обставин справи», можливості виправлення засудженого без відбування покарання, що має значення для застосування статті 75 КК тощо; індивідуалізація покарання – конкретизація виду і розміру міри державного примусу, який суд призначає особі, що вчинила злочин, залежно від особливостей цього злочину і його суб'єкта.

Дискреційні повноваження суду визнаються і Європейським судом з прав людини (зокрема справа «Довженко проти України»), який в своїх рішеннях зазначає лише про необхідність визначення законності, обсягу, способів і меж застосування свободи оцінювання представниками судових органів, виходячи із відповідності таких повноважень суду принципу верховенства права. Це забезпечується, зокрема відповідним обґрунтуванням обраного рішення в процесуальному документі суду тощо.

Загальні засади призначення покарання (стаття 65 КК) наділяють суд правом вибору однієї із форм реалізації кримінальної відповідальності – призначити покарання або звільнити від покарання чи від його відбування, завданням якої є виправлення та попередження нових злочинів. Ця функція за своєю правовою природою є дискреційною, оскільки потребує врахування та оцінки конкретних обставин справи, ступеня тяжкості вчиненого злочину,

особи винного, обставин, що впливають на покарання. Реалізація цієї функції становить правозастосовну інтелектуально-вольову діяльність суду, в рамках якої і приймається рішення про можливість застосування чи незастосування статті 75 КК, за змістом якої рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням суд може прийняти лише у випадку, якщо при призначенні покарання певного виду і розміру, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання.

Оскільки питання про звільнення від відбування покарання відносяться до дискреційних повноважень суду і стосуються питання призначення покарання і звільнення від нього, вони підпадають під застереження, передбачені пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК, а тому не можуть бути предметом перегляду Верховним Судом України.

За обставин, коли у справі немає неоднакового застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, а також, коли в заяві про перегляд судових рішень порушені питання, які підпадають під встановлені законом обмеження на перегляд Верховним Судом України цих рішень, заява ОСОБА 3 задоволенню не підлягає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 КПК 1960 року,

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженої ОСОБА 3

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

6. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 12 квітня 1996 року № 6
(Із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму
Верховного Суду № 12 від 03 грудня 97 року)

У зв’язку з питаннями, які виникають у судів при застосуванні законодавства про відповідальність за виготовлення або збут підроблених грошей чи державних цінних паперів, та з метою

поліпшення судового розгляду справ даної категорії Пленум Верховного Суду України

постановляє:

(Преамбула із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму верховного Суду № 12 від 03.12.97)

1. Звернути увагу судів на те, що виготовлення або збут підроблених грошей чи державних цінних паперів становить підвищену суспільну небезпеку, оскільки дестабілізує фінансово-кредитні відносини, ускладнює регулювання грошового обігу.

(Абзац перший пункту 1 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму верховного Суду № 12 від 03.12.97)

Відповідно до закону судам слід об'єктивно, повно і всебічно з'ясовувати обставини вчинення кожного злочину, передбаченого ст. 79 Кримінального кодексу України (далі – КК), обов'язково встановлювати джерела виготовлення і придбання підроблених грошей чи державних цінних паперів та виявляти усіх причетних до цих злочинів осіб.

(Абзац другий пункту 1 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму верховного Суду № 12 від 03.12.97)

2. Суди мають виходити з того, що до предметів злочину, передбаченого ст.79 КК, належать:

- державні казначейські білети, білети Національного банку України, розмінна металева монета, які перебувають в обігу і є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу чи такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які введено в обіг;
- іноземна валюта - іноземні грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, які перебувають в обігу і є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу чи такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які введено в обіг;
- цінні папери, які випускаються і забезпечуються державою.

Підроблені недержавні цінні папери не є предметом злочину, передбаченого ст. 79 КК. Їх виготовлення з метою збуту, збут чи використання іншим шляхом слід кваліфікувати за наявності необхідних підстав за ч.3 чи ч.4 ст.148-8 КК.

3. Звернути увагу судів, що виготовлення з метою збуту або збут підроблених грошових знаків і державних цінних паперів, які вилучені з обігу і мають лише колекційну цінність, не містять складу злочину, передбаченого ст.79 КК. За наявності необхідних підстав такі дії повинні кваліфікуватися як шахрайство.

Оскільки білети будь-якої грошово-речової лотереї не належать до державних цінних паперів, їх підроблення з метою збуту чи з метою отримання за ними незаконного виграшу слід кваліфікувати як готування до шахрайства, а збут підробленого білета грошово-речової лотереї, на який випав виграш, чи отримання за ним виграшу – як закінчений склад цього злочину.

4. При відмежуванні виготовлення з метою збуту підроблених грошей чи державних цінних паперів або їх збуту від шахрайства належить виходити із того, що об'єктом злочину, передбаченого ст.79 КК, є кредитно-фінансова система, а об'єктом шахрайства – право власності на майно (кредитно-фінансовій системі шкода не заподіюється).

5. Роз'яснити судам, що склад злочину, передбаченого ст.79 КК, утворює як повна імітація грошового знака чи державного цінного папера, так і істотна фальсифікація тим чи іншим способом справжніх грошових знаків чи державних цінних паперів, що робить можливим досягнення мети їх збуту і, за задумом винного, у звичайних умовах ускладнює або зовсім виключає виявлення підробки.

При вирішенні питання про наявність чи відсутність у діях особи складу злочину, передбаченого ст.79 КК, необхідно враховувати такі об'єктивні й суб'єктивні критерії:

- художнє оформлення грошового знака чи державного цінного папера, яке передбачає певний ступінь завершеності зображення, а саме: відповідного орнаменту і наявності основних реквізитів (портрет, барельєф, пам'ятник) та їх узгодженість зі словами й цифрами, які визначають номінал грошового знака чи державного цінного папера;

- якість відтворення, котра передбачає такий ступінь графічної та кольорової точності зображення, який дає винній особі підстави вважати можливим перебування виготовлених нею грошей чи державних цінних паперів у обігу.

6. Питання про те, чи є грошові знаки або державні цінні папери підробленими, який спосіб підробки при цьому використовувався, чи не були раніше грошові знаки або державні цінні папери з аналогічними ознаками підробки предметом криміналістичного дослідження тощо, повинні вирішуватися за допомогою криміналістичної експертизи, яка проводиться у відповідних експертних установах.

7. У тих випадках, коли очевидна невідповідність грошового знака чи державного цінного папера справжнім виключає їх участь в обігу, а інші обставини справи також свідчать про те, що умисел винної особи був спрямований лише на обман окремих громадян з метою заволодіння їх майном, такі дії мають кваліфікуватись як шахрайство.

8. У разі збуту іноземної валюти, в якій підроблено лише цифровий номінал купюри, дії особи, котра її збула, слід кваліфікувати за ст.143 КК, а дії особи, яка її придбала, за наявності необхідних підстав – за статтями 17, 80 КК (виходячи з підробленого номіналу).

Дії особи, котра при збуті іноземної валюти зі зміненим цифровим номіналом схилила іншу особу (яка придбала цю валюту), до порушення правил про валютні операції, належить кваліфікувати за наявності необхідних підстав за статтями 19, 17, 80 КК як підмовництво до замаху на порушення правил про валютні операції (виходячи при цьому з підробленого номіналу) та за ст.143 КК.

9. Якщо дії особи, котра збула підроблену іноземну валюту, підпадають під ознаки злочину, передбаченого ст. 79 КК, то дії особи, яка придбала таку валюту, вважаючи її справжньою, за наявності необхідних підстав мають кваліфікуватися за статтями 17, 80 КК.

10. Виготовлення підроблених грошей чи державних цінних паперів може бути кваліфіковано за ст. 79 КК лише за наявності в діях винної особи мети збуту.

Збут підроблених грошей чи державних цінних паперів – це умисна форма їх відчуження: використання як засобу платежу, продаж, розмін, обмін, дарування, передача в борг і в рахунок покриття боргу, програш в азартних іграх тощо.

11. Особа, яка в момент одержання грошей чи державних цінних паперів не усвідомлювала, що вони підроблені, а виявивши підробку, збула їх як справжні, повинна нести відповідальність залежно від обставин справи за ст.79 чи ст.143 КК.

12. Дії особи, яка свідомо придбала підроблені гроші чи державні цінні папери з метою їх наступного збуту і для надання їм більшої подібності до справжніх внесла до них додаткові підробки, які створювали можливість перебування їх в обігу, слід кваліфікувати як виготовлення підроблених грошей чи державних цінних паперів.

13. Фальшивомонетництво є закінченим злочином з моменту виготовлення з метою збуту, а так само збуту хоча б одного грошового знака чи державного цінного папера.

14. Виготовлення з метою збуту, а також збут підроблених грошей чи державних цінних паперів належить кваліфікувати як вчинені за попереднім зговором групою осіб тоді, коли у злочині брали участь як співвиконавці дві і більше осіб, котрі попередньо про це домовились, у тому числі й у разі розподілу між ними ролей (коли виготовлення або придбання проводилось одним, а збут – іншим).

15. Заволодіння особою внаслідок збуту підроблених грошей чи державних цінних паперів приватним, колективним або державним майном додаткової кваліфікації за статтями, які передбачають відповідальність за розкрадання цього майна, не потребує.

Наявність такого факту підвищує ступінь суспільної небезпечності вчинених дій і повинна враховуватися судом при призначенні міри покарання.

16. Вирішуючи питання про речові докази у справах про злочини, передбачені ст. 79 КК, судам необхідно керуватися вимогами ст.81 Кримінально-процесуального кодексу України.

Зокрема, знаряддя злочину, за допомогою яких виготовлялися підроблені гроші чи цінні папери, підлягають конфіскації, а ті, які не мають цінності – знищенню; речові докази – підроблені гроші чи цінні папери – знищенню як предмети, що вилучені з обігу і не мають цінності (їх детальний опис міститься у висновках криміналістичної експертизи); гроші чи іноземна валюта, які не втратили товарного вигляду в результаті проведених з ними операцій і можуть перебувати в обігу, – зарахуванню на відповідні рахунки Національного банку.

17. Зобов'язати суди при розгляді справ даної категорії посилити увагу до виявлення причин та умов, які сприяли вчиненню цих злочинів, і вживати належних заходів до їх усунення.

Не повинні лишатися поза увагою судів випадки незаконного придбання копіювально-розмножувальної, друкарської та іншої техніки, а також протиправного використання такої техніки, що перебуває в розпорядженні юридичних і фізичних осіб.

Суди повинні також реагувати на недоліки, допущені при проведенні попереднього слідства, особливо ті, що стосуються встановлення джерел виготовлення і придбання підроблених грошей чи державних цінних паперів та виявлення всіх осіб, причетних до вчинення таких злочинів.

18. Судам касаційної та наглядної інстанцій необхідно посилити нагляд за розглядом справ даної категорії, забезпечити правильне спрямування судової практики, систематично вивчати й аналізувати її та вживати заходів до усунення виявлених недоліків.

Голова Верховного Суду України В. Ф. Бойко

Секретар Пленуму,
суддя Верховного Суду України М. П. Селіванов

Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 3 червня 2005 р. № 8
(Із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30 травня 2008 р.)

Особи, що вчинюють контрабанду та порушують митні правила, посягають на встановлений законодавством України порядок переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України, внаслідок чого завдають шкоду економіці держави, її культурній спадщині, здоров'ю населення та громадській безпеці, сприяють розширенню тіньового сектора економіки.

Розглянувши матеріали судової практики у справах про контрабанду та порушення митних правил, Пленум Верховного Суду України зазначає, що при розгляді цих справ суди в основному правильно застосовують чинне законодавство, проте мають місце й недоліки, які зумовлені, зокрема, недосконалістю окремих норм закону.

З метою правильного та однакового застосування судами законодавства про відповідальність за контрабанду і порушення митних правил Пленум Верховного Суду України постановляє:

1. При розгляді як адміністративних, так і кримінальних справ про порушення митних правил і контрабанду судам слід користуватися, зокрема,

визначеннями основних термінів і понять, що наведені у ст. 1 Митного кодексу України (далі — МК).

2. Роз'яснити судам, що відповідальність за контрабанду за ст. 201 Кримінального кодексу України (далі — КК) настає у випадках, коли мало місце умисне переміщення товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, вчинене у великих розмірах.

Відповідно до п. 39 ст. 1 МК товари — це будь-яке рухоме майно (у тому числі валютні та культурні цінності), електрична, теплова й інші види енергії, а також транспортні засоби, за винятком тих, що використовуються виключно для перевезення пасажирів і товарів через митний кордон України.

Транспортними засобами, що використовувалися для переміщення безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України слід розуміти будь-які засоби авіаційного, водного, залізничного, а також автомобільного транспорту, що визначені у пункті 1.10 Правил дорожнього руху, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 року № 1306.

(Пункт 2 доповнено абзацом третім згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30 травня 2008 р.)

3. Згідно з приміткою до ст. 201 КК контрабанда товарів вважається вчиненою у великих розмірах, якщо їхня вартість у 1000 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Вирішуючи питання про те, чи мала великі розміри контрабанда товарів, вчинена після 1 січня 2004 р., судам треба враховувати роз'яснення, що містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 28 травня 2004 р. № 9 "Про деякі питання застосування судами України адміністративного та кримінального законодавства у зв'язку з набранням чинності Законом України від 22 травня 2003 р. "Про податок з доходів фізичних осіб".

При визначенні вартості предмета контрабанди чи порушення митних правил потрібно виходити з нормативних актів про ціни й ціноутворення на відповідні товари. У разі потреби це питання може бути вирішено на підставі висновку експертизи.

Якщо предмет контрабанди чи порушення митних правил вивезено за межі України, реалізовано, знищено або ж місце його знаходження не встановлено, при визначенні його вартості можуть бути використані відомості, наявні у митних, товаросупровідних та інших документах.

У тому випадку, коли предметом порушення митних правил є іноземна валюта, вчинене слід кваліфікувати залежно від розміру її вартості, яка визначається за офіційним курсом Національного банку України на час вчинення правопорушення, — як злочин чи як адміністративне правопорушення.

Якщо особа мала умисел на незаконне переміщення через митний кордон товарів у великих розмірах, але перемістила їх невеликими частинами, вартість кожної з яких є меншою від 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів

громадян, її дії належить розглядати як продовжуваний злочин і кваліфікувати за ст. 201 КК.

Дії, спрямовані на незаконне переміщення товарів у невеликих розмірах, є адміністративним правопорушенням, і відповідальність за них настає за статтями 351, 352 чи іншими статтями МК.

4. Під незаконним переміщенням предметів поза митним контролем (ст. 201 КК, ст. 351 МК) потрібно розуміти їх переміщення через митний кордон України поза місцем розташування митного органу (тобто поза зонами митного контролю), або поза часом здійснення митного оформлення, або з використанням незаконного звільнення від митного контролю внаслідок зловживання посадовими особами митного органу своїм службовим становищем.

5. Незаконне переміщення предметів із приховуванням від митного контролю (ст. 201 КК, ст. 352 МК) — це їх переміщення через митний кордон України з використанням спеціально виготовлених сховищ (тайників) та інших засобів чи способів, що утруднюють їх виявлення, або шляхом надання одним товарам вигляду інших, або з поданням митному органу як підстави для переміщення товарів підроблених документів чи одержаних незаконним шляхом або таких, що містять неправдиві дані.

Відповідно до п. 37 ст. 1 МК під спеціально виготовленим сховищем (тайником) треба розуміти сховище, виготовлене з метою незаконного переміщення товарів через митний кордон України, а також обладнані і пристосовані з цією ж метою конструктивні ємності та предмети, які попередньо піддавалися розбиранню, монтажу тощо.

Використанням інших засобів чи способів, що утруднюють виявлення предметів, можуть визнаватися, зокрема, приховування останніх у валізах, одязі, взутті, головному вбранні, речах особистого користування, на тілі або в організмі людини чи тварини, а також надання одним предметам вигляду інших (зміна їхніх зовнішніх ознак — форми та стану, упаковки, ярликів, етикеток тощо).

6. Судам необхідно враховувати, що підставою для переміщення товарів через митний кордон є визначені нормативними актами документи, без яких неможливо одержати дозвіл митного органу на пропуск товарів через митний кордон. Це, зокрема, можуть бути митна декларація, контракт, коносамент, ліцензія, квота, товаросупровідні документи, дозвіл відповідних державних органів.

Підробленими треба вважати як фальшиві документи, так і справжні, до яких внесено неправдиві відомості чи окремі зміни, що перекручують зміст інформації щодо фактів, які ними посвідчуються, а також документи з підробленими підписами, відбитками печаток та штампів.

Незаконно одержаними слід визнавати документи, які особа отримала за відсутності законних підстав або з порушенням установленого порядку.

Документами, що містять неправдиві дані, є, зокрема, такі, в яких відомості щодо суті угоди, найменування, асортименту, ваги, кількості чи

вартості товарів, а також їх відправника чи одержувача, держави, з якої вони вивезені чи в яку переміщуються, не відповідають дійсності.

Якщо товари ввозяться в режимі тимчасового ввезення або під виглядом транзиту через територію України, але з метою їх реалізації в Україні, вчинене слід кваліфікувати як контрабанду або порушення митних правил.

Не можна розглядати як контрабанду дії особи, яка, здійснюючи транзитне перевезення товарів через територію України, надала митним органам супровідні документи з відомостями, що не відповідають дійсності, без умислу порушити митні правила, передбачені чинним законодавством України.

7. Умисне незаконне переміщення через митний кордон України без спеціального дозволу, який надається в установленому відповідними нормативними актами порядку, історичних і культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, радіоактивних або вибухових речовин, зброї та боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї), а так само стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України, є контрабандою і тягне кримінальну відповідальність незалежно від способу переміщення, вартості чи розміру предмета цього злочину.

8. При розгляді справ про контрабанду судам слід мати на увазі, що цей злочин вважається закінченим з моменту незаконного переміщення предметів контрабанди через митний кордон України.

Замах на контрабанду має місце, якщо її предмети виявлено до переміщення через митний кордон України (під час огляду чи переогляду товарів, транспортних засобів, ручної поклажі, багажу або особистого огляду тощо).

Добровільна відмова від вчинення контрабанди чи порушення митних правил можлива до моменту прийняття митним органом митної декларації.

9. Контрабанда вважається вчиненою за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 201 КК) тоді, коли в її здійсненні брали участь декілька осіб (дві і більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне її вчинення. Кожна з таких осіб, незалежно від того, яку роль вона виконувала, несе відповідальність за ч. 2 ст. 201 КК як співвиконавець. У разі, коли особа вчинила контрабанду у співучасті з організатором, підбурювачем, пособником, зазначена кваліфікуюча ознака відсутня.

10. Раніше судимою за злочин, склад якого передбачений ст. 201 КК, слід вважати особу, яка вже засуджувалася за ч. 1 чи ч. 2 цієї статті, за умов, що вирок за попередній злочин набрав законної сили до вчинення повторного та що судимість за попередній злочин не погашена і не знята.

11. Вчинення контрабанди службовою особою з використанням свого службового становища потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів — за ч. 1 чи ч. 2 ст. 201 і тією статтею КК, якою передбачено відповідальність за вчинений службовий злочин.

У випадках, коли вчинення контрабанди пов’язане з підробленням документів, печаток, штампів та бланків або з використанням підроблених

документів, вчинене також належить кваліфікувати за сукупністю злочинів — за ч. 1 чи ч. 2 ст. 201 та відповідною частиною ст. 358 КК.

Якщо контрабанда була вчинена з метою ухилитися від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, необхідних при переміщенні товарів через митний кордон України, вчинене слід кваліфікувати за ч. 1 чи ч. 2 ст. 201 КК і за наявності для того підстав — за відповідною частиною ст. 212 КК.

12. Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів утворює спеціальний склад злочину, відповідальність за який настає за ст. 305 КК. Для наявності складу злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті, розмір предмета контрабанди значення не має.

При вирішенні питання про те, чи є розмір наркотичних засобів або психотропних речовин великим або особливо великим (ч. 2 чи ч. 3 ст. 305 КК), треба керуватися Таблицями невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які перебувають у незаконному обігу (затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 р. № 188, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 16 серпня 2000 р. за № 512/4733), а питання про те, чи були ці засоби й речовини особливо небезпечними, — Переліком наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770; з наступними змінами).

Повторною контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів слід вважати в тих випадках, коли цей злочин вчинено особою, яка раніше вчинила злочин, склад якого передбачений ст. 305 КК, незалежно від того, чи була вона засуджена за попередній злочин.

Відповідно до положень ч. 3 ст. 28 КК контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів визнається вчиненою організованою групою, коли в готуванні або вчиненні зазначеного злочину брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувались у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім її учасникам.

13. Суди повинні дотримувати вимоги закону про застосування до засуджених за контрабанду додаткового покарання у виді конфіскації майна, яке згідно із санкціями ч. 2 ст. 201, частин 2 і 3 ст. 305 КК є обов'язковим. Суд може не призначити це покарання лише за наявності підстав, передбачених ст. 69 КК. Звільнення особи від відбування покарання із застосуванням ст. 75 цього Кодексу виключає призначення додаткового покарання у виді конфіскації майна, що випливає зі змісту ст. 77 КК, і це необхідно враховувати при постановленні вироку.

Санкціями статей 201, 305 КК передбачено обов'язкову конфіскацію предметів контрабанди. Предмети зі спеціально виготовленими сховищами та транспортні засоби, які використовувалися для приховування контрабандного товару при переміщенні через митний кордон, можуть бути конфісковані на підставі ст. 81 Кримінально-процесуального кодексу України за умови визнання їх речовими доказами.

14. Судам треба мати на увазі, що крім справ про правопорушення, відповідальність за які передбачена статтями 336, 339—341, 345, 348—353 МК, місцевими судами (суддями) також розглядаються всі справи про порушення митних правил, вчинені особами віком від 16 до 18 років.

Забезпечуючи своєчасне, всебічне, повне й об'єктивне з'ясування обставин у кожній справі про порушення митних правил, судді повинні перевіряти правильність правової оцінки вчинених правопорушником дій і не допускати випадків притягнення до адміністративної відповідальності осіб, які вчинили дії, що мають ознаки злочину, склад якого передбачено ст. 201 КК.

У разі одночасного вчинення особою крім порушення митних правил ще й інших адміністративних правопорушень (наприклад, зазначених у статтях 185, 202, 2041 Кодексу України про адміністративні правопорушення; далі — КпАП) суддям необхідно вживати заходів до розгляду таких справ у одному провадженні. З цією метою суддя вправі своєю постановою повернути справу органу, від якого вона надійшла, для вирішення питання про об'єднання її з іншою справою (справами).

Роз'яснити судам, що порушенням митних правил слід вважати як завершені дії, спрямовані на порушення митного законодавства, так і спробу їх вчинення.

У постановах в адміністративних справах про порушення митних правил суддя повинен зазначати, які саме правила порушені винною особою, які товари, транспортні засоби були безпосереднім об'єктом правопорушення, їхню вартість. Якщо особу визнано винною у вчиненні правопорушення, але зазначені товари чи транспортні засоби відсутні, суддя вправі вирішити у постанові питання про стягнення їхньої вартості.

Відповідно до статті 320 МК суб'єктами відповідальності за порушення митних правил можуть бути громадяни, які на момент вчинення правопорушення досягли 16-річного віку, а також посадові особи підприємств. Таким чином, суд може прийняти до провадження справу про порушення митних правил та розглянути її по суті, коли особа, яка вчинила правопорушення, встановлена та щодо неї складено протокол про адміністративне правопорушення. У разі якщо особа не встановлена, суди згідно з вимогами пункту 1 частини першої статті 391 МК повинні приймати рішення про проведення додаткової перевірки для встановлення особи, що вчинила правопорушення.

(Пункт 14 доповнено абзацом шостим згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30 травня 2008 р.)

15. При розмежуванні правопорушень, відповідальність за які передбачена ст. 340 та ст. 352 МК, необхідно мати на увазі, що дії особи можуть бути визнані недекларуванням товарів, транспортних засобів (ст. 340 МК) тільки за відсутності в особи намірів приховати товар від митного контролю.

16. Встановивши при розгляді справи про правопорушення, назване в ст. 345 МК (переміщення товарів через митний кордон України з порушенням прав інтелектуальної власності), що в діях винної особи є ознаки злочину, склад

якого передбачений ст. 176 КК (порушення авторського права і суміжних прав), суддя має в установленому порядку поінформувати про це прокурора.

17. Згідно зі ст. 357 МК провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до положень МК, а в частині, що не регулюється ним, — відповідно до законодавства України про адміністративні правопорушення. Тому суддя вправі вирішувати питання про можливість звільнення особи від адміністративної відповідальності при малозначності правопорушення на підставі ст. 22 КпАП. При цьому слід враховувати не лише вартість, а й кількість предметів правопорушення, а також мету, мотив і спосіб його вчинення.

При призначенні в одній справі стягнень за декілька правопорушень суддя повинен керуватися ст. 36 КпАП, оскільки МК не містить положень щодо призначення стягнень за сукупністю.

Відповідно до ст. 328 МК адміністративні стягнення у виді попередження, штрафу можуть бути накладені не пізніше ніж через два місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні — два місяці з дня його виявлення.

18. Судам треба мати на увазі, що товари (предмети порушення митних правил), а також предмети зі спеціально виготовленими сховищами (тайниками), що використовувалися для приховування зазначених товарів від митного контролю, і транспортні засоби, які використовувалися для переміщення товарів через митний кордон України, підлягають конфіскації на підставі ч. 3 ст. 328 МК незалежно від часу вчинення або виявлення правопорушення, а відповідно до ч. 2 ст. 326 МК — незалежно від того, чи є ці товари і транспортні засоби власністю правопорушника.

Транспортні засоби, які використовуються виключно для перевезення пасажирів і товарів через митний кордон України за визначеними маршрутами та рейсами, що здійснюються відповідно до встановленого розкладу руху на підставі міждержавних (міжвідомчих) угод про транспортне сполучення, конфіскації не підлягають.

Суди при притягненні осіб до адміністративної відповідальності за порушення митних правил, визначених у статті 352 МК, за які передбачено обов'язкову конфіскацію предметів із спеціально виготовленими сховищами (тайниками) та транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів через митний кордон України, також мають враховувати: обсяги конструктивних змін, внесених у ці предмети або транспортні засоби з метою приховування товарів; співвідношення вартості й кількості товару, який був предметом порушення митних правил з вартістю транспортного засобу, в якому цей товар переміщувався; інші обставини, — та за наявності підстав обговорювати питання про можливість звільнення таких осіб від адміністративної відповідальності у зв'язку з малозначністю правопорушення на підставі статті 22 КпАП.

(Абзац третій пункту 18 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30 травня 2008 р.)

181. Відповідно до статті 385 МК витрати у справі про порушення митних правил відшкодовуються особою, щодо якої винесено постанову про накладення стягнення, окрім послуг перекладача, які здійснюються за рахунок Державного бюджету України. Конкретний розмір витрат, які підлягають відшкодуванню свідкам, експертам і перекладачам визначається відповідним нормативним актом і має бути підтверджений документами, які долучаються до справи. Суми витрат, що підлягають відшкодуванню, зазначаються в постанові суду у справі про порушення митних правил.

При вирішенні питання про відшкодування витрат за зберігання вилучених митними органами товарів та транспортних засобів, що зазначено у частині першій статті 384 МК, слід визнати правильною практику тих судів, які відмовляють у стягненні таких витрат, мотивуючи своє рішення відсутністю належних розрахунків на підставі чинного нормативного акта

(Постанову доповнено пунктом 181 згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30 травня 2008 р.)

19. Згідно зі ст. 390 МК справа про порушення митних правил розглядається у присутності особи, яка притягується до адміністративної відповідальності. Про час і місце розгляду суд (суддя) повідомляє зазначену особу, а також відповідний митний орган. За відсутності названої особи справа може бути розглянута лише у випадках, передбачених ч. 4 ст. 390 МК.

Визнати правильною практику тих судів, які при розгляді справи, в якій бере участь особа, котра притягується до адміністративної відповідальності, та допитуються викликані до суду свідки, забезпечують ведення протоколу судового засідання.

20. У разі, коли неможливо виконати постанову суду про конфіскацію товарів, що є безпосередніми предметами порушення митних правил (у тому числі транспортного засобу), або предметів зі спеціально виготовленими сховищами (тайниками), використаних для приховування товарів від митного контролю, або транспортного засобу, що використовувався для переміщення предметів порушення митних правил через митний кордон України, з правопорушників стягується вартість зазначених товарів, предметів і транспортних засобів шляхом зміни способу і порядку виконання рішення відповідно до ст. 33 Закону від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV “Про виконавче провадження”.

21. Апеляційним судам необхідно періодично вивчати практику застосування судами законодавства про відповідальність за контрабанду і порушення митних правил та вживати заходів до усунення виявлених помилок.

22. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 26 лютого 1999 р. № 2 “Про судову практику в справах про контрабанду та порушення митних правил”.

Голова
Верховного Суду України В .Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 25 квітня 2003 р. № 3

Обговоривши практику розгляду судами справ про окремі злочини у сфері господарської діяльності, Пленум Верховного Суду України зазначає, що суди в основному вірно застосовують чинне законодавство, проте іноді припускаються помилок, що зумовлено відсутністю єдиних підходів до відмежування злочинів даного виду від суміжних злочинів та аналогічних за змістом адміністративних правопорушень.

З метою однакового і правильного застосування законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності Пленум Верховного Суду України постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що можливість настання кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями 202–205, 222 Кримінального кодексу України (далі – КК), є додатковою гарантією діяльності держави у сфері правового регулювання економічних відносин і захисту конституційних прав осіб, які займаються господарською діяльністю, та засобом сприяння стабілізації національної економіки.

2. Суди під час розгляду справ про господарські злочини повинні ретельно з'ясовувати, в якому значенні у відповідних статтях КК вжиті терміни "господарська діяльність" і "підприємницька діяльність" та похідні від них – "суб'єкт господарської діяльності" і "суб'єкт підприємницької діяльності", "громадянин", "громадянин-підприємець" і "засновник", "власник" чи "службова особа" суб'єкта господарської або підприємницької діяльності тощо, оскільки від правильного розуміння значення цих термінів у конкретних статтях КК залежить вирішення питання щодо наявності чи відсутності ознак складу злочину.

При цьому треба мати на увазі, що господарська діяльність – це діяльність фізичних і юридичних осіб, пов'язана з виробництвом чи реалізацією продукції (товарів), виконанням робіт чи наданням послуг з метою одержання прибутку (комерційна господарська діяльність) або без такої мети (некомерційна господарська діяльність). Підприємницька діяльність є одним із видів господарської діяльності, обов'язкові ознаки якої — безпосередність, систематичність її здійснення з метою отримання прибутку.

3. Частиною 1 ст. 202 КК передбачено кримінальну відповідальність за такі порушення порядку зайняття господарською діяльністю:

1) здійснення без державної реєстрації як суб'єкта підприємницької діяльності такої діяльності, що містить ознаки підприємницької та яка підлягає ліцензуванню;

2) здійснення без одержання ліцензії видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до законодавства;

3) здійснення видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, з порушенням умов останнього.

Відповідальність за ці діяння настає за умови, що від них отримано доход у великих розмірах.

Здійснення фізичною особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, чи зареєстрованими юридичними особами та суб'єктами підприємництва–фізичними особами діяльності, що містить ознаки підприємницької та яка підлягає ліцензуванню, або здійснення без ліцензії видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, за умови, що отриманий доход не становить великого розміру, складу злочину, передбаченого ст. 202 КК, не утворює, а є адміністративним правопорушенням, передбаченим відповідно ст. 164 чи статтями 160, 160-2, 164-3, 177-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення або Декретом Кабінету Міністрів України "Про податок на промисел".

4. Під здійсненням особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, будь-якого виду підприємницької діяльності з числа тих, що підлягають ліцензуванню, слід розуміти діяльність фізичної особи, пов'язану із виробництвом чи реалізацією продукції, виконанням робіт, наданням послуг з метою отримання прибутку, яка містить ознаки підприємницької, тобто провадиться зазначеною особою безпосередньо самостійно, систематично (не менше ніж три рази протягом одного календарного року) і на власний ризик.

5. Під здійсненням без одержання ліцензії видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню згідно зі статтями 2, 9 Закону України "Про ліцензування певних видів господарської діяльності" та ст. 4 Закону України "Про підприємництво", треба розуміти здійснення без ліцензії таких видів господарської діяльності фізичними особами, зареєстрованими як суб'єкти підприємництва, та юридичними особами.

Здійснення без ліцензії певного виду діяльності, що потребує ліцензування, не може вважатися злочином, відповідальність за який передбачено ст. 202 КК, якщо особа, котра займалася такою діяльністю, не могла одержати ліцензію в установленому порядку (не було створено орган ліцензування, не були визначені ліцензійні умови тощо).

6. Під здійсненням господарської діяльності з порушенням умов ліцензування треба розуміти здійснення зареєстрованими як суб'єкти підприємницької діяльності фізичними чи юридичними особами видів господарської діяльності, які підлягають ліцензуванню, з порушенням як порядку одержання ліцензії, так і ліцензійних умов.

7. Кримінальна відповідальність за діяльність та операції, зазначені в диспозиції ч. 2 ст. 202 КК, настає за умови, що вони здійснюються без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії) чи з порушенням умов ліцензування, якщо внаслідок такої діяльності та операцій отримано доход у великих розмірах.

Відповідальність за цей злочин несуть службові особи суб'єкта господарської діяльності. Таку відповідальність можуть нести і громадяни-

підприємці (наприклад, у випадках, коли особа здійснює відповідну діяльність чи операції без державної реєстрації).

До банківських належать операції, перелік яких наведено у ст. 47 Закону України "Про банки і банківську діяльність".

Банківська діяльність – це діяльність із залучення у вклади коштів у грошовому вираженні фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб, що може здійснюватися банками–юридичними особами, які мають виключне право на проведення таких операцій на підставі ліцензії Національного банку України.

При цьому потрібно враховувати, що операції, визначені в пунктах 1–3 ч. 1 ст. 47 названого Закону, є виключно банківськими операціями, здійснювати які в сукупності можуть лише юридичні особи, котрі мають банківську ліцензію.

Згідно зі статтями 1, 4 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" професійною діяльністю на ринку цінних паперів, у тому числі посередницькою, визнається діяльність з випуску та обігу цінних паперів, яку можуть здійснювати юридичні та фізичні особи виключно на підставі ліцензій, що видаються в порядку, встановленому чинним законодавством.

Небанківською фінансовою установою є юридична особа, яка відповідно до законодавства надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. Зокрема, до таких установ належать ті, що названі в п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг". Під операціями таких установ слід розуміти ті з них, що здійснюються під час надання фінансових послуг, перелік яких міститься в ст. 4 зазначеного Закону.

8. Під видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона і за зайняття якими передбачено кримінальну відповідальність за ст. 203 КК, необхідно розуміти, зокрема, такі:

1) якими громадяни, навіть зареєстровані як суб'єкти підприємництва, та юридичні особи–суб'єкти господарської діяльності певної форми власності чи організаційно-правової форми займатися не вправі без зміни свого правового статусу (відсутність необхідної освіти, кваліфікації тощо), а тому не можуть одержати ліцензії на їх здійснення, тобто види діяльності, які можуть здійснюватися лише спеціальними суб'єктами;

2) якими ні фізичні, ні юридичні особи не вправі займатися взагалі (внаслідок заборони законом такої діяльності);

3) які можуть здійснюватися лише державними підприємствами, підприємствами певних організаційно-правових форм або підприємствами, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України (згідно з ч. 1 ст. 2 Закону України "Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів" виробництво спирту етилового (у тому числі як лікарського засобу), спирту етилового ректифікованого виноградного, спирту етилового ректифікованого

плодового може здійснюватися лише на державних підприємствах за наявності в них ліцензій);

4) якими не можуть займатися певні суб'єкти господарської діяльності через те, що види діяльності, якими вони вже займаються, виключають таку можливість (наприклад, аудиторам заборонено безпосередньо займатися торговельною, посередницькою та виробничою діяльністю);

5) якими громадяни згідно із законом не мають права займатись у зв'язку з наявністю в них непогашеної або незнятої судимості за окремі злочини.

Треба також мати на увазі, що чинним законодавством для окремих категорій громадян, названих у ст. 2 Закону України "Про підприємництво", ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України "Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств" та ст. 5 Закону України "Про боротьбу з корупцією", встановлено заборону безпосередньо займатися підприємницькою діяльністю. Оскільки заборона поширюється на зайняття підприємницькою діяльністю взагалі, то зайняття цими громадянами будь-якими її окремими видами, що підлягають ліцензуванню, без державної реєстрації як суб'єкта підприємництва тягне відповідальність за ст. 202 КК.

Якщо такі особи займатимуться видами діяльності, щодо яких є спеціальна встановлена законом заборона, то їх відповідальність настає за ст. 203 КК (за наявності в їх діях ознак цього злочину).

9. Злочин, відповідальність за який передбачена ч. 1 ст. 203 КК, вважається закінченим з початку здійснення виду діяльності, щодо якого є спеціальна заборона, а за ч. 2 цієї статті – з моменту отримання доходу у великих розмірах.

10. Судам треба мати на увазі, що фактичні дані на підтвердження розміру отриманого доходу від вчинення діянь, передбачених ст. 202, ч. 2 ст. 203 КК, можуть установлюватись як висновком експерта, так і за допомогою актів документальної перевірки виконання податкового законодавства та ревізії фінансово-господарської діяльності з вирахуванням витрат, безпосередньо пов'язаних з отриманням такого доходу, а в разі потреби – із застосуванням непрямих методів згідно із Законом України "Про порядок погашення зобов'язань п латників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами".

11. Предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, є незаконно виготовлені алкогольні напої, тютюнові вироби та інші підакцизні товари, тобто товари, до ціни яких згідно з чинним законодавством включається акцизний збір. Перелік підакцизних товарів визначено законами України "Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів", "Про ставки акцизного збору та ввізного мита на тютюнові вироби", "Про ставки акцизного збору і ввізного мита на деякі транспортні засоби" та "Про ставки акцизного збору і ввізного мита на деякі товари (продукцію)".

До інших підакцизних товарів (крім алкогольних напоїв і тютюнових виробів), про які йдеться у диспозиції ст. 204 КК, належать: спирт етиловий,

транспортні засоби, дистиляти, спеціальні та моторні бензини, гас, пиво солодове.

Перелік підакцизних товарів, визначених названими законами, є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає.

12. Незаконно виготовленими слід вважати зазначені в ст. 204 КК товари, що виготовлені: 1) особою, яка не зареєстрована як суб'єкт підприємництва, незалежно від того, чи підлягає діяльність з їх виготовлення ліцензуванню; 2) суб'єктом підприємницької чи господарської діяльності без одержання ліцензії, якщо їх виготовлення підлягає ліцензуванню.

13. Придбання, зберігання, транспортування незаконно виготовлених алкогольних напоїв чи тютюнових виробів з метою їх збуту та сам збут особою, яка не має ліцензії на оптову чи роздрібну торгівлю ними, належить кваліфікувати за ч. 1 ст. 204 КК.

Ті самі дії, вчинені без ліцензії, щодо алкогольних напоїв, виготовлених на основі етилового спирту шляхом його розбавлення водою, тягнуть відповідальність за ст. 204 КК.

Виготовлення, придбання, зберігання, транспортування з метою збуту і збут самогону та інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення потрібно кваліфікувати як злочин, передбачений ст. 203 КК.

14. Злочин, передбачений ч. 2 ст. 204 КК, є закінченим з моменту незаконного виготовлення будь-якої кількості підакцизних товарів. Дії особи, спрямовані на відкриття (створення) підпільного цеху для незаконного виготовлення таких товарів, а так само придбання для їх виготовлення обладнання, за допомогою якого можливо забезпечити їх масове виробництво, повинні кваліфікуватись як готування до вчинення зазначеного злочину.

15. Під недоброякісною сировиною (матеріалами), про яку йдеться в ч. 3 ст. 204 КК, потрібно розуміти предмети праці та природні компоненти, що підлягають переробці при виготовленні (виробництві) підакцизних товарів, але не відповідають установленим для них стандартам, нормам і технічним умовам.

Незаконно виготовленими з недоброякісної сировини (матеріалів) підакцизними товарами, що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, слід вважати такі, вживання, користування чи використання яких створює реальну загрозу для життя і здоров'я споживачів (можливість отруєння, радіоактивного опромінення тощо).

Під іншими тяжкими наслідками (ч. 3 ст. 204 КК) треба розуміти знищення чи пошкодження майна, тварин, флори, фауни, повітря, грунту, вод, чим заподіяно шкоду у великих чи особливо великих розмірах.

16. Звернути увагу судів на те, що кожною частиною ст. 204 КК передбачено самостійний склад злочину, тому за наявності підстав дії винної особи мають кваліфікуватися за сукупністю цих злочинів.

Вчинення передбачених ст. 204 КК дій під прикриттям легально створеного чи придбаного суб'єкта підприємницької діяльності–юридичної особи потребує додаткової кваліфікації за ст. 205 КК (за наявності в діях особи складу цього злочину).

Дії, передбачені ст. 204 КК, поєднані з легалізацією (відмиванням) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом, за наявності підстав мають кваліфікуватися за відповідними частинами статей 204 та 209 КК.

Незаконне виготовлення алкогольних напоїв або тютюнових виробів, поєднане з використанням незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору або незаконним використанням чужого знака для товарів чи послуг, фірмового (зареєстрованого) найменування, маркування товару, додатково кваліфікується за ст. 216 чи ст. 229 КК.

Виготовлення із доброякісної сировини (матеріалів) недоброякісних (фальсифікованих) підакцизних товарів (продукції) та їх реалізація, в тому числі випуск на товарний ринок, кваліфікуються за ст. 227 КК за умови, що при цьому було одержано дохід у великому розмірі. Якщо ж вживання або використання таких товарів (продукції) спричинило шкоду здоров'ю споживачів чи їх смерть, дії винних необхідно додатково кваліфікувати як злочин проти здоров'я або життя (умисний чи необережний).

17. Під незаконною діяльністю, про яку йдеться у ст. 205 КК, слід розуміти такі види діяльності, які особа або не має права здійснювати взагалі, або ж, маючи право на це за певних умов чи з дотриманням певного порядку, здійснює з їх порушенням.

На наявність мети — прикриття незаконної підприємницької діяльності або здійснення її видів, щодо яких є заборона (фіктивного підприємництва), – може вказувати використання викрадених, знайдених, підроблених, позичених паспортів або тих, що належали померлим громадянам, а також документів осіб, які дали згоду зареєструвати юридичну особу на своє ім'я. Використання при цьому підроблених документів або їх підробка мають додатково кваліфікуватися за ст. 358 чи ст. 366 КК.

Такий злочин вважається закінченим з моменту державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи) або набуття права власності на нього.

Суб'єктами цього злочину є громадяни України, особи без громадянства, іноземці (як службові особи, так і неслужбові), які з визначеною в цій статті метою вчинили дії, спрямовані на створення (заснування чи реєстрацію) або придбання суб'єкта підприємницької діяльності.

18. Дії осіб, на ім'я яких за їхньою згодою зареєстровано суб'єкт підприємництва з метою, зазначеною в ст. 205 КК, мають кваліфікуватись як пособництво фіктивному підприємництву, а в разі, коли їх діями здійснено легалізацію (державну реєстрацію) суб'єкта підприємництва (підписання та нотаріальне посвідчення установчих документів, призначення на посаду керівника підприємства тощо), – як виконавство цього злочину.

19. Треба мати на увазі, що відповідальність за ч. 2 ст. 205 КК за ознакою заподіяння великої матеріальної шкоди настає лише в разі заподіяння такої шкоди внаслідок створення чи придбання суб'єкта підприємницької діяльності.

20. У разі, коли створений чи придбаний суб'єкт підприємницької діяльності розпочав незаконну діяльність, що містить ознаки ще й іншого

злочину, дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів — за ст. 205 КК і тією статтею КК, якою передбачено відповідальність за здійснення незаконної діяльності.

Якщо при створенні чи придбанні такого суб'єкта винна особа мала на меті не тільки прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, а й незаконне одержання кредитів і привласнення одержаних коштів чи їх використання не за цільовим призначенням, її дії слід додатково кваліфікувати і як готування до вчинення злочину, передбаченого відповідними частинами ст. 190 чи ст. 222 КК.

Коли такі дії поєднані з наступним фіктивним банкрутством чи доведенням до банкрутства, їх також необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 205 КК та ст. 218 чи ст. 219 КК.

21. Статтею 222 КК передбачено кримінальну відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами, які можуть бути надані чи надані як субсидії, субвенції, дотації, кредити чи пільги щодо податків за відсутності ознак злочину проти власності.

Злочин, передбачений ч. 1 цієї статті, вважається закінченим з моменту надання винною особою завідомо неправдивої інформації незалежно від того, чи вдалося їй у такий спосіб одержати субсидії, субвенції, дотації, кредити або пільги щодо податків.

Завідомо неправдива інформація, надана відповідним органам влади, банкам або іншим кредиторам, — це така інформація, яка могла бути або стала підставою для прийняття рішення про надання відповідному суб'єкту субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків (коли не зазначено в документах, наданих банку для одержання кредиту, що є інший неповернений кредит, або завідомо неправдиво вказано мету використання коштів, які особа має намір одержати як дотацію, субсидію, субвенцію тощо).

У разі, коли шахрайство з фінансовими ресурсами одночасно містить ознаки злочинів, передбачених ст. 218 чи ст. 220 КК, вчинене належить кваліфікувати за сукупністю злочинів.

22. Звернути увагу судів на те, що відповідальність за ст. 222 КК можуть нести лише ті суб'єкти, коло яких визначено у ч. 1 цієї статті. Якщо завідомо неправдива інформація надана юридичною особою — засновником чи власником суб'єкта господарської діяльності, відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами несе та службова особа, яка надала таку інформацію. Це стосується і тих випадків, коли засновником чи власником суб'єкта господарської діяльності є ті юридичні особи, на яких не поширюється дія Закону "Про підприємства в Україні" (об'єднання громадян, благодійні фонди тощо).

Не можуть визнаватися суб'єктами злочину, передбаченого ст. 222 КК, не зареєстровані як суб'єкти підприємництва фізичні особи, які для одержання субсидій, кредитів (у тому числі споживчого) та пільг щодо податків надали зазначеним у диспозиції ч. 1 ст. 222 КК органам завідомо неправдиву

інформацію. За наявності підстав вони можуть нести відповідальність за злочини проти власності.

23. При відмежуванні шахрайства з фінансовими ресурсами від злочинів проти власності, зокрема від шахрайства та заволодіння чужим майном шляхом зловживання особою своїм службовим становищем, слід виходити зі змісту і спрямованості умислу особи, мотиву, мети та моменту їх виникнення.

Якщо винна особа надавала завідомо неправдиву інформацію з метою привласнення коштів у вигляді субсидії, субвенції, дотації чи кредиту, її дії потрібно кваліфікувати як готування до заволодіння чужим майном шляхом шахрайства чи замах на вчинення цього злочину, а в разі фактичного обернення одержаних коштів на свою користь чи на користь інших осіб – як закінчене шахрайство за відповідною частиною ст. 190 КК.

Кошти чи майно, правомірно одержані суб'єктом господарської діяльності як субсидії, субвенції, дотації, кредити, переходять у його власність з моменту їх фактичного одержання. В разі, коли після одержання цих коштів чи майна в службової особи такого суб'єкта виникає умисел на їх привласнення, її дії належить кваліфікувати за ст. 191 КК. Якщо зазначені кошти були одержані з цією метою неправомірно, то такі дії треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 222 та 190 КК. Так само кваліфікуються дії особи, яка мала умисел на привласнення лише частини одержаних коштів.

24. Ухилення від сплати податків у зв'язку з одержанням пільг щодо них шляхом шахрайства з фінансовими ресурсами, якщо розмір несплачених податків дорівнює чи перевищує п'ятсот, але менше п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, має кваліфікуватися лише за ч. 2 ст. 222 КК, а якщо він у п'ять тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (тобто утворює особливо великі розміри коштів, які фактично не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів), – за ч. 1 ст. 222 і ч. 3 ст. 212 КК.

25. Злочин, передбачений ч. 2 ст. 222 КК, вважається закінченим з моменту фактичного заподіяння великої матеріальної шкоди державі або органам місцевого самоврядування, банку чи іншому кредиторові. Зокрема, ухилення від сплати податків в результаті одержання пільг щодо них вважається закінченим злочином з моменту ненадходження коштів до відповідних бюджетів чи державних цільових фондів, а саме – з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податок, збір чи інший обов'язковий платіж, а коли закон пов'язує цей строк із виконанням певної дії, – з моменту фактичного ухилення від їх сплати.

26. Роз'яснити судам, що матеріальна шкода державі, органам місцевого самоврядування, банку чи іншому кредиторові може бути заподіяна внаслідок використання субсидій, субвенцій, дотацій чи кредитів не за їх цільовим призначенням, неповернення одержаного кредиту чи несплати відсотків по них, ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

27. Враховуючи специфіку злочинів у сфері господарської діяльності, в тому числі підприємницької, судам під час розгляду справ необхідно ретельно

з’ясовувати, які законодавчі акти регулюють відповідні відносини, і залежно від цього вирішувати питання про наявність у діях особи порушення встановленого законом порядку зайняття такою діяльністю.

28. Судовій палаті у кримінальних справах Верховного Суду України, апеляційним судам регулярно вивчати й узагальнювати практику розгляду справ у сфері господарської діяльності та своєчасно вживати необхідних заходів до однакового і правильного застосування законодавства.

Голова
Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 15 квітня 2005 р. № 5

З метою правильного й однакового застосування судами законодавства про відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та у зв’язку з питаннями, що виникають у судовій практиці під час розгляду цієї категорії справ, Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що відповідно до ч. 1 ст. 209 Кримінального кодексу України (далі - КК) обов’язковою умовою, за якої настає відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, є одержання таких доходів унаслідок вчинення визначеного у п. 1 примітки до ст. 209 КК суспільно небезпечного протиправного діяння (далі - предикатне діяння).

За змістом п. 1 примітки до ст. 209 КК предикатним діянням може бути:

- діяння, яке згідно з КК є злочином і за яке відповідною статтею (частиною статті) цього Кодексу передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не менше трьох років;

- діяння, яке визнається злочином згідно з кримінальним законодавством іншої держави, якщо й КК України за таке саме діяння передбачена кримінальна відповідальність у виді позбавлення волі на строк не менше трьох років.

Кримінальна відповідальність за ст. 209 КК не виключена й у тих випадках, коли особа, котра вчинила предикатне діяння, була звільнена від кримінальної відповідальності в установленому законом порядку (у зв’язку із закінченням строків давності, застосуванням амністії тощо) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв’язку зі смертю), а

одержані внаслідок зазначеного діяння кошти або інше майно стали предметом легалізації.

Не можуть визнаватися предикатними діяннями злочини, відповідальність за які передбачена статтями 207 і 212 КК, незалежно від того, за якою частиною цих статей вони кваліфіковані та яке покарання встановлено за їх вчинення.

2. Кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 209 КК настає у разі вчинення хоча б однієї з таких дій, що передували легалізації (відмиванню) доходів:

1) фінансової операції з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння чи укладення угоди щодо них;

2) дій, спрямованих на приховання чи маскування: а) незаконного походження таких коштів або іншого майна; б) володіння ними; в) прав на такі кошти або майно; г) джерела їх походження; д) місцезнаходження; е) переміщення;

3) набуття, володіння або використання таких коштів чи іншого майна.

Відповідальність за зазначені дії настає лише у разі, коли кошти або інше майно, що є предметом легалізації, були одержані внаслідок вчинення предикатного діяння (передбаченого п. 1 примітки до ст. 209 КК, яке передувало легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом) і ці дії були вчинені умисно з метою надання правомірного вигляду володінню, використанню, розпорядженню такими коштами або майном, їх набуттю чи для приховання джерел їх походження.

3. Звернути увагу судів на те, що місце одержання коштів або іншого майна внаслідок вчинення предикатного діяння (злочину) - на території України чи за її межами - значення не має, оскільки вони можуть бути легалізовані як на Україні, так і за кордоном. Тому при кримінально-правовій оцінці як предикатного діяння, так і легалізації доходів мають ураховуватися положення статей 6-8 КК про дію кримінального закону в просторі.

4. Під доходами, зазначеними у ст. 209 КК, відповідно до абзацу другого ч. 1 ст. 1 Закону від 28 листопада 2002 р. № 249-IV «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» (далі - Закон № 249-IV) слід розуміти будь-яку економічну вигоду, одержану внаслідок вчинення предикатного діяння, яка може складатися з матеріальної власності або власності, що виражена в правах, а так само включає рухоме чи нерухоме майно та документи, які підтверджують право на таку власність або частку в ній.

5. Під легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, відповідно до абзацу четвертого ст. 1, ст. 2 Закону № 249-IV та диспозиції ч. 1 ст. 209 КК належить розуміти вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а так само набуття, володіння або використання коштів чи іншого майна з метою надання правомірного вигляду володінню, їх використанню або розпорядженню ними чи дій, спрямованих на приховання джерел їх походження, а також вчинення з такими коштами або

іншим майном фінансової операції чи укладення щодо них угоди за умови усвідомлення особою того, що вони були одержані злочинним шляхом.

6. Під вчиненням фінансової операції з коштами, одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння, відповідно до абзацу п'ятого ст. 1 Закону № 249-IV слід розуміти вчинення будь-якої фінансової операції, пов'язаної зі здійсненням або забезпеченням здійснення платежу за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Однак наведений у зазначеному абзаці перелік основних видів фінансових операцій не є вичерпним, оскільки об'єктом такого моніторингу можуть бути й інші види фінансових операцій. Зокрема, фінансова операція може здійснюватися за допомогою як суб'єкта первинного фінансового моніторингу, так і будь-яких суб'єктів господарювання (ст. 55 Господарського кодексу України). Тому для максимального охоплення всіх видів фінансових операцій необхідно залежно від їх змісту звертатися також до інших нормативно-правових актів, що регламентують правовідносини у цій сфері, зокрема до законів: від 16 квітня 1991 р. № 959-XII «Про зовнішньоекономічну діяльність», від 18 червня 1991 р. № 1201-XII «Про цінні папери і фондову біржу», від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР «Про страхування» (в редакції Закону від 4 жовтня 2001 р. № 2745-III), від 7 грудня 2000 р. № 2121-III «Про банки і банківську діяльність», від 12 липня 2001 р. № 2664-III «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

7. Укладення угоди щодо коштів або іншого майна, одержаних внаслідок вчинення предикатного діяння, - це вчинення щодо них будь-яких правочинів, тобто дій, спрямованих на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 202 Цивільного кодексу України), у визначеному цим Кодексом порядку незалежно від їх виду - як дво- або багатосторонніх (які іменуються договорами), так і односторонніх.

За змістом ст. 209 КК відповідальність настає й у тих випадках, коли винна особа вчиняє лише одну фінансову операцію з одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння коштами або майном чи укладає хоча б одну угоду щодо них.

8. Під діями, спрямованими на приховання чи маскування незаконного походження коштів або іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, чи володіння ними, а так само прав на них, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, слід розуміти будь-які дії особи, за допомогою яких маскується чи приховується факт одержання таких коштів або іншого майна, що передував легалізації (відмиванню) цих доходів, вчинені як особою, котра одержала ці кошти або майно таким шляхом, так і будь-якою іншою особою.

Такі дії можуть бути спрямовані на: зміну правового статусу коштів або іншого майна шляхом підроблення документів, що засвідчують право власності; отримання фіктивних документів на придбання майна; вчинення цивільно-правових угод (удавана купівля у комісійному магазині, ломбарді тощо); оформлення права власності на підставних осіб; укладення фіктивних угод про надання кредитів або різноманітних послуг - юридичних, аудиторських та ін.; внесення коштів на банківські рахунки юридичних і

фізичних осіб, у тому числі в офшорних зонах; переміщення коштів з одного рахунку на інший - за умови, що всі зазначені дії не були способом вчинення предикатного діяння.

9. Під набуттям коштів чи іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, та володінням ними потрібно розуміти відповідно одержання їх у фактичне володіння або перебування їх у господарському віданні за недійсними правочинами (якими одержанню таких коштів чи майна або володінню ними надано правомірного вигляду і тим самим - нібито легального статусу їм самим), тобто набуття особою права власності (володіння) на такі кошти чи майно при усвідомленні нею, що вони одержані іншими особами злочинним шляхом.

Використання коштів або іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, - це таке їх використання чи розпорядження ними, яке може бути й не пов'язане зі вчиненням фінансової операції чи укладенням угоди щодо них, оскільки такі дії названі в диспозиції ч. 1 ст. 209 КК як самостійні способи вчинення злочину. Зазначені кошти чи майно можуть бути використані, зокрема, при здійсненні господарської діяльності, в тому числі підприємницької.

Під використанням коштів або іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, для здійснення господарської діяльності слід розуміти їх використання у процесі легальних виробництва продукції, виконання робіт, надання послуг, торгівлі суб'єктами господарювання (підприємництва), зареєстрованими як такі в установленому законом порядку, а саме: 1) будь-яке інвестування зазначених коштів або іншого майна у господарську діяльність (внесення їх до статутного фонду такого суб'єкта або безоплатна передача йому, інвестування у спільну господарську діяльність тощо); 2) придбання за такі кошти сировини, продукції, іншого майна для використання у господарській діяльності; 3) використання такого майна як напівфабрикатів, сировини тощо.

Використання зазначених коштів та майна може бути як пов'язане, так і не пов'язане з їх відчуженням, тобто з передачею іншим особам.

10. Не можуть вважатись одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння кошти або інше майно, якими особа не заволоділа (які не отримала) шляхом вчинення злочину, а які вона незаконно утримала, приховала, не передала державі за наявності обов'язку це зробити, а саме: кошти, не сплачені як податки, збори, інші обов'язкові платежі; не повернена чи прихована виручка в іноземній валюті від реалізації на експорт товарів (робіт, послуг) або приховані товари чи інші матеріальні цінності, отримані від такої виручки, оскільки в подібних випадках має місце не одержання коштів та іншого майна злочинним шляхом, а незаконне (злочинне) розпорядження ними (якщо право власності на них особа набула законно).

Не повинні визнаватися предметом легалізації також контрабандно ввезені в Україну товари та інші предмети, зазначені у диспозиції ч. 1 ст. 201 КК, якщо вони були одержані (здобуті) за межами України не злочинним шляхом, а придбані законно, а також кошти, одержані не внаслідок вчиннння предикатного

діяння, а в результаті проведення фінансових операцій з використанням банківських рахунків підприємств, які мають ознаки фіктивності.

Не є предметом легалізації також кошти або інше майно, одержані внаслідок здійснення службовою особою без письмового узгодження з податковим органом операцій, зазначених у підпунктах 8.6.1-8.6.3 п. 8.6 ст. 8 Закону від 21 грудня 2000 р. № 2181-ІІІ «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», з активами, що перебувають у податковій заставі і в подальшому використовуються суб'єктом господарювання-юридичною особою при здійсненні господарської діяльності, оскільки такі активи мають легальне походження.

Не є предметом легалізації кошти (незалежно від їх розміру), одержані як субсидії, субвенції, дотації чи кредити внаслідок надання неправдивої інформації суб'єктами, зазначеними в диспозиції ч. 1 ст. 222 КК, вказаним у цій нормі Закону кредиторам, хоча з такими коштами надалі і вчинюються діяння, перелічені у ст. 209 КК, оскільки ці кошти одержуються офіційно (легально) і злочин, склад якого передбачений ч. 1 ст. 222 КК, не містить усіх ознак предикатного діяння, визначеного у п. 1 примітки до ст. 209 КК.

11. Роз'яснити судам, що притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК можливе як за умови, що факт одержання нею коштів або іншого майна внаслідок вчинення предикатного діяння встановлено судом у відповідних процесуальних документах (вироку чи постановах, ухвалах про звільнення від кримінальної відповідальності, про закриття справи з нереабілітуючих підстав тощо), так і в разі, коли вона не притягувалася до кримінальної відповідальності за предикатне діяння. В останньому випадку особа одночасно притягується до кримінальної відповідальності за предикатний злочин та за легалізацію (відмивання) коштів або іншого майна, одержаних унаслідок його вчинення, тобто за сукупністю цих злочинів, оскільки вона усвідомлює, що вчиняє легалізацію таких коштів (майна).

12. Для вирішення питання про наявність складу злочину, передбаченого ст. 209 КК, необхідно встановити, що особа вчинила одну з дій, зазначених у ч. 1 цієї статті, з коштами або іншим майном, одержаними внаслідок вчинення предикатного діяння, з метою надання правомірного вигляду володінню, розпорядженню ними, їх використанню, набуттю або приховання чи маскування їх незаконного походження чи володіння ними, прав на них, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення або ж вчинила щодо них фінансову операцію чи уклала угоду.

При вирішенні питання про наявність ознак цього складу злочину в діях особи, яка не вчиняла предикатного діяння, судам необхідно з'ясовувати, чи є у справі докази на підтвердження того, що особа, котра вчинила одну з дій, зазначених у ч. 1 ст. 209 КК, усвідомлювала, що кошти або майно одержані іншими особами злочинним шляхом.

13. Чинним законодавством не визначено мінімального розміру коштів чи вартості іншого майна як предмета легалізації, який дає підстави для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 209 КК. Тому при

кримінально-правовій оцінці дій, передбачених ч. 1 цієї статті, вчинених щодо коштів чи майна, розмір яких є незначним, необхідно виходити з положень ч. 2 ст. 11 КК (малозначність діяння) і передусім враховувати розмір доходів, одержаних злочинним шляхом.

14. Злочин, відповідальність за який передбачена ч. 1 ст. 209 КК, вважається закінченим з моменту вчинення будь-якої із зазначених у цій статті дій, спрямованих на надання правомірного вигляду володінню, користуванню, розпорядженню, набуттю таких коштів чи іншого майна або на приховання чи маскування незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а також вчинення з ними фінансової операції чи укладення щодо них угоди.

15. Суб'єктом злочину, склад якого передбачено в ст. 209 КК, може бути фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку, а стосовно вчинення тих чи інших правочинів - ще й набула повної дієздатності у випадках та порядку, передбачених законом, і не була обмежена у дієздатності або не позбавлена її судом.

Суб'єктом злочину при його вчиненні у формі будь-якої з дій, визначених ч. 1 ст. 209 КК, може бути лише особа, котра не вчиняла предикатного діяння, за умови, що вона усвідомлювала факт одержання коштів або майна іншими особами злочинним шляхом. Особа, яка вчинила таке діяння, відповідає лише за вчинення фінансової операції з коштами або іншим майном чи укладення щодо них угоди, а також за вчинення дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження таких коштів або іншого майна чи володіння ними, прав на них, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення, а за використання таких коштів або майна - лише в разі, коли воно полягало у вчиненні фінансової операції чи укладенні угоди.

16. Дії особи, яка не є суб'єктом первинного фінансового моніторингу відповідно до ст. 4 Закону № 249-IV, що полягають у збуті майна, одержаного внаслідок вчинення злочину (наприклад, крадіжки) іншими особами, не утворюють складу легалізації (відмивання) коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК), якщо такому майну не надається вигляду правомірно здобутого. Залежно від конкретних обставин справи зазначені дії містять або ознаки крадіжки (у формі пособництва), або склад злочину, передбачений ст. 198 КК.

17. Роз'яснити судам, що при розмежуванні злочинів, відповідальність за які передбачена статтями 198 і 209 КК, необхідно виходити насамперед із їх предмета. Предметом першого є будь-яке майно, одержане злочинним шляхом, другого - лише майно, одержане внаслідок вчинення предикатного діяння, за яке положеннями КК передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не менше трьох років, а також майно, одержане злочинним шляхом на території інших держав. Визначальним фактором у розмежуванні цих злочинів є мета. Згідно зі ст. 209 КК метою вчинення дій із коштами або іншим майном є надання їх походженню легального статусу, а для дій, передбачених ст. 198 КК, не вимагається надання такого статусу майну. Якщо дії, відповідальність за які

встановлена цією статтею, вчиняються з метою надання майну легального статусу, вони підлягають кваліфікації за ст. 209 КК. Суб'єктом злочину, склад якого передбачено в ст. 198 КК, є лише особа, котра не одержувала майна злочинним шляхом, а за ст. 209 КК - як особа, яка одержала кошти чи інше майно злочинним шляхом, так і та, котра заздалегідь пообіцяла вчинити передбачені цією статтею дії для легалізації коштів чи майна, одержаних внаслідок вчинення предикатного діяння.

18. Використання коштів або іншого майна, одержаних унаслідок вчинення предикатного діяння, при здійсненні незаконної (у тому числі злочинної) діяльності не утворює складу злочину, передбаченого ст. 209 КК, оскільки в цьому разі їм не надається легального статусу. Виняток становить використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, відповідальність за яке передбачена ст. 306 КК.

19. За ознакою вчинення цього злочину за попередньою змовою групою осіб має кваліфікуватися діяння, коли в ньому брали участь як співвиконавці дві чи більше особи, котрі до вчинення діяння домовилися легалізувати (відмити) доходи, одержані внаслідок вчинення предикатного діяння. Для наявності цієї кваліфікуючої ознаки не обов'язково, щоб усі особи вчинювали одні й ті самі (тотожні) дії, передбачені ст. 209 КК. Зазначена ознака буде наявна й у тому разі, коли одна особа вчиняє будь-які з альтернативних дій, передбачених ч. 1 ст. 209 КК, а друга - інші.

20. Дії осіб, які взяли участь у легалізації (відмиванні) доходів, одержаних злочинним шляхом, як організатори, підбурювачі або пособники, якщо вони не є одночасно співвиконавцями цього злочину, належить кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 і 209 КК.

21. Якщо при розгляді кримінальної справи за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, склад якого передбачено в ст. 209 КК, буде встановлено, що кошти або інше майно одержані внаслідок вчинення предикатного діяння, вони на підставі п. 5 ч. 1 ст. 81 Кримінально-процесуального кодексу України підлягатимуть поверненню законному володільцю або зверненню в охід держави з обгрунтуванням у вироку прийнятого рішення.

22. Судовій палаті у кримінальних справах Верховного Суду України, апеляційним судам необхідно регулярно вивчати й узагальнювати практику розгляду справ цієї категорії та своєчасно вживати необхідних заходів до усунення виявлених у діяльності судів помилок.

Голова
Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Про деякі питання застосування
законодавства про відповідальність
за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 8 жовтня 2004 р. № 15

З метою однакового і правильного застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Судам необхідно виходити з того, що кримінальна відповідальність за ст. 212 Кримінального кодексу України (далі – КК) настає за умисне ухилення від сплати лише тих податків, зборів, інших обов'язкових платежів, які встановлені Законом від 25 червня 1991 р. № 1251-XII «Про систему оподаткування» (далі – Закон № 1251-XII) і введені в установленому законом порядку.

Оскільки Законом № 1251-XII передбачено загальнодержавні та місцеві податки, збори й інші обов'язкові платежі, які підлягають сплаті до відповідних бюджетів та державних цільових фондів, кримінально караним визнається ухилення від сплати як загальнодержавних, так і місцевих податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

Звернути увагу судів на те, що згідно із Законом № 1251-XII ставки, механізм справляння податків, зборів (обов'язкових платежів) і пільги щодо оподаткування не можуть установлюватись або змінюватися іншими законами, крім тих, які стосуються оподаткування. Також слід враховувати й те, що ч. 2 ст. 1 цього Закону органам місцевої влади та самоврядування надано право встановлювати додаткові пільги щодо оподаткування у межах сум, що надходять до їх бюджетів. Зміни щодо пільг, ставок податків і зборів (обов'язкових платежів) та механізму їх сплати, внесені до законів про оподаткування в установленому порядку, тобто не пізніше ніж за шість місяців до нового бюджетного року, набирають чинності з його початку.

2. Відповідальність за ст. 212 КК може наставати лише за сукупності обов'язкових умов, коли:

не сплачені податки, збори, інші обов'язкові платежі входять у систему оподаткування і введені в установленому законом порядку;

об'єкт оподаткування передбачений відповідним законом;

платник податку, збору, іншого обов'язкового платежу визначений як такий відповідним законом;

механізм справляння податків і зборів (обов'язкових платежів), їх ставки та пільги щодо оподаткування визначені законами про оподаткування.

3. За змістом ст. 212 КК відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування, введені в установленому законом порядку і зараховуються до бюджетів чи державних цільових фондів, настає лише в разі, коли це діяння вчинено умисно. Мотив для кваліфікації останнього значення не має.

Зазначеною статтею передбачено кримінальну відповідальність не за сам факт несплати в установлений строк податків, зборів, інших обов'язкових платежів, а за умисне ухилення від їх сплати. У зв'язку з цим суд має встановити, що особа мала намір не сплачувати належні до сплати податки, збори, інші обов'язкові платежі в повному обсязі чи певну їх частину.

Про наявність умислу на ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів можуть свідчити, наприклад: відсутність податкового обліку чи ведення його з порушенням установленого порядку; перекручування в обліковій або звітній документації; неоприбуткування готівкових коштів, одержаних за виконання робіт чи надання послуг; ведення подвійного (офіційного та неофіційного) обліку; використання банківських рахунків, про які не повідомлено органи державної податкової служби; завищення фактичних затрат, що включаються до собівартості реалізованої продукції, тощо.

4. Необхідно розмежовувати ухилення від сплати обов'язкових платежів і несвоєчасну їх сплату за відсутності умислу на несплату. Особа, яка не мала наміру ухилитися від сплати зазначених платежів, а не сплатила їх з інших причин, може бути притягнута лише до встановленої законом відповідальності за порушення податкового законодавства, пов'язані з обчисленням і сплатою цих платежів. Відповідно до законодавства з питань оподаткування зазначене діяння є фінансовим (податковим) правопорушенням, відповідальність за яке може наставати, зокрема, за підпунктом 17.1.1 п. 17.1 ст. 17 Закону від 21 грудня 2000 р. № 2181-III "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами" (далі – Закон № 2181-III) – у разі, коли несплата пов'язана з неподанням платником податкової декларації у визначені законом строки, або ж за п. 11 ч. 1 ст. 11 Закону від 4 грудня 1990 р. № 509-XII "Про державну податкову службу в Україні" (далі – Закон № 509-XII), – якщо несплата зумовлена відсутністю податкового обліку, веденням його з порушенням установленого порядку, неподанням чи несвоєчасним поданням платіжних доручень на перерахування належних до сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) та іншими порушеннями податкового законодавства, відповідальність за які передбачена цим пунктом зазначеної статті Закону № 509-XII.

Якщо податкова декларація була подана, а податки не сплачені своєчасно через відсутність коштів на рахунку платника, то ці обов'язкові платежі вважаються податковим боргом (недоїмкою) і стягуються з нарахуванням штрафних санкцій (штрафу) та пені згідно із Законом № 2181-III.

Судам потрібно мати на увазі, що платник податку, активи якого не перебувають у податковій заставі, не несе кримінальної відповідальності за умисне несвоєчасне виконання податкових зобов'язань за відсутності умислу на ухилення від сплати податку, оскільки згідно з підпунктом 3.1.1 п. 3.1 ст. 3 Закону № 2181-III платники податків самостійно визначають черговість і форми задоволення претензій кредиторів за рахунок активів, вільних від заставних зобов'язань забезпечення боргу. При цьому слід враховувати, що активи платника податків можуть бути примусово стягнені в рахунок погашення його податкового боргу виключно за рішенням суду.

5. Не є ухиленням від сплати податків і не може кваліфікуватися за ст. 212 КК здійснення платником податків–службовою особою операцій, зазначених у підпунктах 8.6.1–-8.6.3 п. 8.6 ст. 8 Закону № 2181-III, з активами, які перебувають у податковій заставі, без письмової згоди податкового органу, оскільки згідно з п. 1.17 ст. 1 цього ж Закону податкова застава – це спосіб забезпечення не погашеного в строк податкового зобов'язання платника податків, вона не включена до переліків видів обов'язкових платежів, що містяться у статтях 14, 15 Закону № 1251-XII, і не введена як такий в установленому законодавством порядку. Такі дії службової особи за наявності передбачених законом підстав можуть кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 364 КК як зловживання владою або службовим становищем.

Підприємець–фізична особа, який зареєстрований відповідно до закону і здійснює господарську діяльність, не може визнаватися таким, що виконує постійно, тимчасово або за спеціальним повноваженням обов'язки (організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські) службової особи, а тому в разі здійснення операцій з активами, які перебувають у податковій заставі, без письмової згоди податкового органу не повинен притягатися до відповідальності за вчинення злочину у сфері службової діяльності.

6. Звернути увагу судів на те, що згідно з підпунктом "д" підпункту 4.4.2 п. 4.4 ст. 4 Закону № 2181-III не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів особа, яка діяла відповідно до наданого в установленому порядку (за її запитом) податкового роз'яснення контролюючого органу (за відсутності на той час відповідних норм закону чи податкових роз'яснень, що мають пріоритет), або узагальнюючого податкового роз'яснення.

У разі, коли норма закону чи виданого на його підставі іншого нормативно-правового акта або норми різних законів чи нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав і обов'язків платників податків або контролюючих органів, тобто має місце "конфлікт інтересів", рішення приймається згідно з підпунктом 4.4.1 п. 4.4 ст. 4 Закону № 2181-III на користь платника податків.

7. Суб'єктами злочину, який кваліфікується як "ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів", зокрема, можуть бути:

1) службові особи підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, їх філій, відділень, інших відокремлених підрозділів, що не мають статусу юридичної особи, на яких покладені обов'язки з ведення бухгалтерського обліку, подання податкових декларацій, бухгалтерських звітів, балансів, розрахунків та інших документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою обов'язкових платежів до бюджетів і державних цільових фондів (керівники; особи, котрі виконують їхні обов'язки; інші службові особи, яким у встановленому законом порядку надане право підпису фінансових документів);

2) особи, що займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи;

3) будь-які особи, котрі зобов'язані утримувати та/або сплачувати податки, збори, інші обов'язкові платежі, що входять у систему оподаткування і введені

в установленому законом порядку, в тому числі податкові агенти–фізичні особи та службові особи податкових агентів–юридичних осіб при несплаті ними податку з доходів фізичних осіб.

Суб'єктом ухилення від сплати податку з доходів фізичних осіб, справляння якого з 1 січня 2004 р. передбачено Законом від 22 травня 2003 р. № 889-IV "Про податок з доходів фізичних осіб" (далі – Закон № 889-IV), має визнаватися згідно з п. 1.15 ст. 1 цього Закону податковий агент–фізична особа або працівник податкового агента–юридичної особи чи її філії, відділення або іншого відокремленого підрозділу, які незалежно від організаційно-правового статусу та способу оподаткування іншими податками зобов'язані нараховувати, утримувати та сплачувати цей податок до бюджету від імені та за рахунок платника.

Згідно з п. 2.1 ст. 2 Закону № 889-IV платником такого податку також є фізична особа–резидент, що отримує як доходи з джерелом походження з території України, так і іноземні доходи, або ж фізична особа–нерезидент, яка отримує доходи з джерелом походження з території України. Відповідно до цього Закону зазначені особи зобов'язані включати одержаний дохід з об'єктів, визначених у його ст. 4, до складу загального річного оподатковуваного доходу, подавати річну декларацію з цього податку і самостійно сплачувати його в порядку, встановленому статтями 8, 9, 18 того ж Закону. Тому при неподанні такої декларації чи заниженні у поданій декларації об'єкта оподаткування і за наявності умислу на ухилення від сплати податку із зазначених доходів ці особи, за наявності інших відповідних підстав, можуть притягатися до відповідальності за ст. 212 КК.

8. Умисне неутримання чи неперерахування до бюджету до 1 січня 2004 р. службовою особою підприємства, установи, організації – джерела виплати доходу – сум прибуткового податку з громадян, справляння якого передбачалося Декретом Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1992 р. № 13-92 "Про прибутковий податок з громадян", має кваліфікуватись як зловживання владою або службовим становищем за ст. 364 КК.

9. Дії керівників підприємств, установ, організацій, які віддали підлеглим службовим особам наказ, вказівку, розпорядження підписати чи подати до податкових органів недостовірні (фальсифіковані) звіти, баланси, декларації, розрахунки або не сплачувати податки, збори, інші обов'язкові платежі взагалі чи сплатити їх не в повному обсязі, а також дії службових осіб, які виконали такі незаконні наказ, вказівку чи розпорядження, мають кваліфікуватися за ст. 212 КК як дії виконавців цього злочину, вчиненого за попередньою змовою групою осіб.

Дії працівників підприємств, установ, організацій, які не є службовими особами і за наказами, вказівками, розпорядженнями службових осіб, відповідальних за правильність обчислення і своєчасність сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, внесли завідомо неправдиві відомості в документи первинного обліку чи у звіти, баланси, декларації, розрахунки, мають кваліфікуватись як пособництво умисному ухиленню від сплати цих платежів за ч. 5 ст. 27 КК і за тією частиною ст. 212 КК, за якою кваліфіковано

дії службової особи, що віддала незаконні наказ, вказівку, розпорядження. При цьому необхідно враховувати положення ст. 41 КК щодо юридичних наслідків виконання наказу або розпорядження.

10. Особи, які своїми діями сприяли платникам податків (виконавцям злочину) в ухиленні від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, несуть відповідальність як співучасники за ст. 27 КК і тією частиною ст. 212 КК, за якою кваліфіковано дії виконавця. Зокрема, співучасниками ухилення від сплати обов'язкових платежів мають визнаватися працівники податкових органів, які за попередньою змовою з платником податку дали йому завідомо незаконне податкове роз'яснення про відсутність об'єкта оподаткування або про наявність пільг щодо нього.

Дії службових осіб органів державної влади і місцевого самоврядування, які сприяли ухиленню громадянина чи юридичної особи–платника податків від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, також належить кваліфікувати як співучасть у конкретному злочині, а якщо вони діяли при цьому з корисливої або іншої особистої заінтересованості чи в інтересах інших осіб, — і (за наявності передбачених законом підстав) як відповідний службовий злочин.

11. Кримінальна відповідальність за ст. 212 КК за умисне ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів настає в разі, коли ці діяння призвели до ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних, великих чи особливо великих розмірах (які відповідно в 1000, 3000, 5000 і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян). Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, вчинене у зв'язку з одержанням пільг щодо них шляхом надання державним органам завідомо неправдивої інформації, якщо розмір несплачених податків дорівнює чи перевищує 500, але менше 5000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, має кваліфікуватися лише за ч. 2 ст. 222 КК, а якщо він у 5000 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, дії винного мають кваліфікуватися за ч. 3 ст. 212 КК та ч. 1 ст. 222 КК (якщо пільги щодо податків одержані шляхом надання податковим органам зазначеними у ст. 222 КК особами завідомо недостовірної інформації).

Потрібно мати на увазі, що передбачений ст. 212 КК злочин слід кваліфікувати як вчинений у значних, великих чи особливо великих розмірах, коли сума, що фактично не надійшла до бюджетів чи державних цільових фондів, утворилася внаслідок несплати як одного податку, збору, іншого обов'язкового платежу, так і різних їх видів у розмірах, передбачених приміткою до зазначеної статті. При кваліфікації такого злочину, вчиненого починаючи з 1 січня 2004 р., необхідно виходити з того, що сума неоподатковуваного мінімуму доходів громадян згідно з п. 22.5 ст. 22 Закону № 889-IV дорівнює розміру податкової соціальної пільги, визначеної підпунктом 6.1.1 п. 6.1 ст. 6 цього Закону для відповідного року з урахуванням положень п. 22.4 ст. 22 того ж Закону.

При визначенні розміру коштів, що не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів внаслідок ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, не потрібно враховувати нараховані чи сплачені у зв'язку з цим штрафи й пеню.

12. Вчинені в різний час діяння, що полягали в ухиленні від сплати різних видів податків, зборів, інших обов'язкових платежів або сплаті їх у неповному обсязі, необхідно кваліфікувати залежно від наявності чи відсутності в них ознак єдиного продовжуваного злочину.

Якщо ці діяння охоплювались єдиним умислом – не сплачувати певні види податків, зборів, інших обов'язкових платежів, розмір коштів, що не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів, потрібно обчислювати виходячи із загальної несплаченої суми і залежно від її розміру кваліфікувати вчинене за відповідною частиною ст. 212 КК.

13. За змістом ст. 212 КК передбачений нею злочин може бути вчинений різними способами, які безпосередньо в диспозиції статті не названі. При розгляді справи в суді спосіб вчинення злочину відповідно до ст. 64 КПК підлягає доказуванню, тому в мотивувальній частині вироку має бути зазначено, яким саме способом було вчинено злочин.

Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів може бути вчинене, наприклад, шляхом:

неподання документів, пов'язаних із їх обчисленням та сплатою до бюджетів чи державних цільових фондів (податкових декларацій, розрахунків, бухгалтерських звітів і балансів тощо);

приховування об'єктів оподаткування;

заниження цих об'єктів;

заниження сум податків, зборів, інших обов'язкових платежів;

приховування факту втрати підстав для одержання пільг з оподаткування;

подання неправдивих відомостей чи документів, що засвідчують право фізичної особи на податковий кредит або на податкову соціальну пільгу.

Неподання документів, пов'язаних із обчисленням і сплатою податків, зборів, інших обов'язкових платежів, полягає в умисному неподанні до органів державної податкової служби в установлений строк декларацій про прибуток суб'єктів господарської діяльності чи фізичних осіб, про сплату інших обов'язкових платежів тощо. Неподання податкової декларації, як правило, є одночасно і приховуванням об'єктів оподаткування.

Під приховуванням об'єктів оподаткування треба розуміти невідображення у звітних документах, які подаються до податкових органів, будь-яких із цих об'єктів – доходу (прибутку), доданої вартості робіт, продукції, послуг тощо.

Заниженням об'єктів оподаткування є умисне неправильне обчислення бази оподаткування, зменшення його бази шляхом невідображення у поданих до податкових органів деклараціях чи інших звітних документах повного обсягу об'єктів оподаткування тощо, внаслідок чого податки, збори, інші обов'язкові платежі сплачуються платником не в повному обсязі. Зокрема, заниження оподатковуваного прибутку може полягати в частковому чи

повному невключенні до нього коштів, одержаних від виконання певних робіт, надання послуг.

Під заниженням сум податків, зборів, інших обов'язкових платежів слід розуміти умисне неправильне обчислення (у тому числі шляхом умисного заниження податкової ставки) тих їх сум, що підлягають сплаті до бюджетів чи державних цільових фондів при правильному відображенні об'єктів оподаткування (без заниження чи приховування останніх).

Звернути увагу судів на те, що згідно з підпунктом 7.1.1 п. 7.1 ст. 1 Закону № 2181-III погашення податкових зобов'язань платника може бути здійснено і шляхом проведення взаєморозрахунків непогашених зустрічних грошових зобов'язань відповідного бюджету перед таким платником (які виникли згідно з нормами податкового або бюджетного законодавства чи цивільно-правових угод і строк погашення яких настав до моменту виникнення податкових зобов'язань платника) в передбаченому цим Законом порядку – на підставі заяви платника за спільним рішенням податкового органу та органу Державного казначейства України. Тому суми заборгованості бюджету перед платником податку та суми наявної в останнього переплати за окремими видами податків, зборів, інших обов'язкових платежів не повинні враховуватися при визначенні розміру коштів, що не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів внаслідок ухилення такого платника від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, у тому числі й тих, за якими має місце заборгованість або переплата. У зв'язку з цим судам слід враховувати, що при кваліфікації дій винного зменшення розміру коштів, що не надійшли до бюджетів чи державних цільових фондів внаслідок ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, на суму коштів, що підлягають поверненню платнику податку з бюджету чи зарахуванню до платежів майбутніх періодів, не допускається.

14. У разі, коли ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів або його приховання вчинено шляхом службового підроблення чи підроблення документів, дії винної особи додатково кваліфікуються за ст. 366 чи ст. 358 КК. При цьому підроблення, вчинене службовою особою, може кваліфікуватися за ст. 366 КК незалежно від того, до якої відповідальності (кримінальної чи адміністративної) її буде притягнуто за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

15. Злочин, передбачений ст. 212 КК, є закінченим з моменту фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів які мали бути сплачені у строки та в розмірах, передбачених законодавством з питань оподаткування (тобто сум узгоджених податкових зобов'язань, визначених згідно із Законом № 2181-III), а саме – з наступного дня після настання строку, до якого мав бути сплачений податок, збір чи інший обов'язковий платіж, що відповідно до визначеного ст. 5 вказаного Закону порядку вважається узгодженим і підлягає сплаті. Якщо закон пов'язує строк сплати з виконанням певної дії, то злочин вважається закінченим з моменту фактичного ухилення від сплати.

Умисне ухилення від сплати чи сплата у неповному обсязі сум податкових зобов'язань (податку, збору, іншого обов'язкового платежу, нарахованих контролюючими органами в порядку і на підставах, визначених п. 4.2 ст. 4 Закону № 2181-III) утворює закінчений склад злочину з моменту закінчення граничного строку, в який мали бути сплачені нараховані (донараховані) такими органами суми зазначених зобов'язань.

Звернути увагу судів на те, що в разі оскарження до суду платником податків рішення податкового органу обвинувачення особи в ухиленні від сплати податків не може ґрунтуватися на такому рішенні до остаточного вирішення справи судом, за винятком випадків, коли обвинувачення не тільки базується на оскаржуваному рішенні, а й доведено на підставі додатково зібраних доказів відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства України.

16. Чинним законодавством передбачена можливість надання платникам податків ряду пільг.

Надання платником податків завідомо неправдивої інформації про наявність пільг з оподаткування чи з метою їх одержання за відсутності відповідних підстав слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 222 КК.

У тому ж разі, коли такі пільги були надані платнику на законних підставах, але на час подання декларації право на них було втрачено, дії особи, яка це приховала, необхідно кваліфікувати за відповідною частиною ст. 212 КК як ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

17. Відповідно до законів № 1251-XII і № 889-IV об'єктом оподаткування є передбачені ними доходи, одержані з легальних джерел, а також згідно з підпунктом 4.2.16 п. 4.2 ст. 4 Закону № 889-IV кошти або майно (немайнові активи), отримані платником як хабар, викрадені чи знайдені як скарб, не зданий державі згідно із законом, у сумах, підтверджених обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, незалежно від призначеної ним міри покарання.

У зв'язку з цим дії громадянина, який одержав доходи від незаконної торговельної або іншої діяльності, що містить ознаки підприємницької, яку він здійснював без державної реєстрації або щодо якої законом установлено спеціальну заборону, а також від іншої незаконної діяльності і не сплатив із них податки, мають кваліфікуватися за відповідними статтями КК і додаткової кваліфікації за ст. 212 цього Кодексу не потребують.

Суб'єкти господарської, в тому числі підприємницької діяльності – юридичні та фізичні особи – зобов'язані вести облік усіх здійснюваних ними видів такої діяльності, відображати їх у відповідній звітності і сплачувати з них установлені законом податки, збори, інші обов'язкові платежі незалежно від того, чи передбачено ту або іншу діяльність їх установчими документами (статутом, установчим договором). Тому службові особи таких суб'єктів, а також громадяни-підприємці підлягають кримінальній відповідальності за ухилення від сплати обов'язкових платежів із доходів як від легальної, так і від незаконної діяльності, відповідальність за яку передбачена, наприклад, статтями 202–204 КК. За наявності визначених законодавством підстав їхні дії

необхідно кваліфікувати за ст. 212 КК й тими статтями цього Кодексу, якими передбачено відповідальність за ці злочини.

За сукупністю злочинів, відповідальність за які передбачена статтями 212 та 201 КК, потрібно кваліфікувати і контрабанду, якщо метою незаконного переміщення товарів було ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, необхідної при їх переміщенні через митний кордон України в установленому законом порядку.

18. Така кваліфікуюча ознака умисного ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, як вчинення цього злочину за попередньою змовою групою осіб, застосовується лише в разі, коли в ньому брали участь як співвиконавці дві особи чи більше, які попередньо, до вчинення діяння, домовилися не сплачувати податки, збори, інші обов'язкові платежі до бюджетів чи державних цільових фондів або ж сплатити їх не в повному обсязі.

За цією ознакою можуть бути кваліфіковані, зокрема, дії службових осіб одного й того ж підприємства, установи, організації, на яких покладено відповідальність за правильність обчислення і сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів та за достовірність відповідної звітності (наприклад, керівник і головний бухгалтер юридичної особи–платника податку, які підписують документи, що подаються до органів державної податкової служби).

Дії службових осіб різних суб'єктів господарської діяльності чи громадян-підприємців потрібно кваліфікувати як вчинені за попередньою змовою групою осіб у випадках укладення ними цивільно-правових і господарських договорів, згідно з якими кожна зі сторін ухиляється від сплати належних із неї податків, зборів, інших обов'язкових платежів до бюджетів чи державних цільових фондів. Якщо ж згідно з укладеним договором це має зробити лише одна зі сторін, то дії службової особи іншої сторони чи громадянина-підприємця, що підписали такий договір, необхідно кваліфікувати як пособництво ухиленню від сплати податків, виконавцем якого є службова особа суб'єкта підприємництва чи громадянин-підприємець, які не сплатили обов'язкових платежів.

Умисну несплату декількома громадянами–фізичними особами податків, зборів, інших обов'язкових платежів, які повинні сплачувати їх сумісно, необхідно кваліфікувати за ознакою вчинення за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 212 КК).

Обов'язок сумісної сплати податку, збору, іншого обов'язкового платежу двома фізичними особами і більше може бути передбачений законом чи договором, зокрема, у таких випадках:

— при сплаті державного мита за посвідчення цивільно-правової угоди, якщо її стороною, яка повинна його сплатити, є дві особи або більше (наприклад, коли вони продають квартиру, що належить їм на праві спільної сумісної чи часткової власності, або ж тоді, коли вони спільно купують її);

— при сплаті державного мита за двосторонніми цивільно–правовими угодами, згідно з якими воно має бути сплачене обома сторонами (наприклад, за договором купівлі-продажу покупець і продавець за домовленістю сплачують кожен певну частину державного мита);

— якщо об’єкт оподаткування (нерухоме майно, транспортні засоби та інші самохідні машини й механізми, земля тощо) належить на праві спільної сумісної чи часткової власності декільком особам.

19. Відповідно до диспозиції ч. 4 ст. 212 КК особа, яка вперше вчинила діяння, відповідальність за які передбачена частинами 1 і 2 цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого і пред’явлення їй обвинувачення сплатила в повному обсязі податки, збори, інші обов’язкові платежі, а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).

20. Передбачені нормативними актами списання чи реструктуризація податкової заборгованості не звільняють від відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів, не відображених (не продекларованих) у відповідній звітності на момент набрання чинності такими актами, оскільки списанню чи реструктуризації підлягають суми податків, зборів, інших обов’язкових платежів, що виникли на визначену цими актами дату і відображені в поданих до податкових органів податковій декларації чи розрахунку. Звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів, не продекларованих на момент набрання чинності зазначеними актами, можливе лише за умови, що таке звільнення передбачене відповідними законодавчими актами, і на визначених ними підставах.

21. При розгляді справ про злочини, пов’язані з ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів, судам слід мати на увазі, що фактичні дані, які підтверджують наявність чи відсутність у діях підсудного складу такого злочину, можуть бути встановлені висновком експерта або за допомогою актів документальної перевірки виконання податкового законодавства і ревізії фінансово-господарської діяльності.

Враховуючи специфіку справ про податкові злочини, суди можуть з метою найбільш повного й усебічного з’ясування обставин, пов’язаних з ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів, залучати до участі в судовому розгляді фахівця з питань оподаткування.

22. Судовій палаті у кримінальних справах Верховного Суду України, апеляційним судам потрібно регулярно вивчати й узагальнювати практику розгляду справ зазначеної категорії і своєчасно вживати нобхідних заходів до усунення виявлених недоліків у діяльності судів.

23. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 26 березня 1999 р. № 5 “Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів”.

Голова
Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ
ЛИСТ
02.03.2012 № 132-283/0/4-12

Головам апеляційних судів областей,
міст Києва та Севастополя,
Апеляційного суду Автономної Республіки Крим

Судова палата у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі - ВССУ) звертає увагу суддів місцевих та апеляційних судів України на те, що 17 січня 2012 року набрав чинності Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності" від 15 листопада 2011 року № 4025-VI (далі - Закон). Для однакового застосування всіма судами загальної юрисдикції кримінального та кримінально-процесуального законодавства, а також із метою уникнення неоднозначного тлумачення норм права судам слід звернути увагу на наступне:

- відповідно до ч. 1 ст. 65 КК України суд призначає покарання: 1) у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 53 КК України; 2) відповідно до положень Загальної частини КК України; 3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Передбачене у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК України застереження "за винятком випадків, передбачених частиною другою статті 53 КК України" вказує на те, що за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі - н. м. д. г[1].; ст. 203-**[1]**; ст. 203-**[2]**; ч. 2 ст. 204; ч. 2 ст. 205; ч. 2 і ч. 3 ст. 206; ч. 2 ст. 209-**[1]**; ч. 3 ст. 212; ч. 3 ст. 212-**[1]**; ч. 2 ст. 216; ч. 2 ст. 222; ст. 222-**[1]**; ст. 223-**[2]**; ч. 2 і ч. 3 ст. 224; ч. 2 і ч. 3 ст. 229; ч. 1 ст. 231, ч. ч. 2 - 4 ст. 232-**[1]**; ст. 233; ч. 2 ст. 364-**[1]**; ст. 365-**[1]**; ч. 2 і ч. 3 ст. 365-**[2]**; ч. ч. 2 - 4 ст. 368-**[3]**; ч. ч. 2 - 4 ст. 368-**[4]** КК України) розмір штрафу не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України. Якщо ж такий злочин вчинено у співучасті та роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у його вчиненні є незначною, таким особам суд може (не

[1] **Неоподатковуваний мінімум доходів громадян** – грошова сума розміром у 17 грн., встановлена п. 5 підрозділу 1 розділу XX Податкового кодексу України, яка застосовується при посиланнях на неоподатковуваний мінімум доходів громадян у законах або інших нормативно-правових актах, за винятком норм адміністративного та кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів або правопорушень, для яких сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги

зобов'язаний, а має право) призначити покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті Особливої частини КК України, без урахування розміру майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок його вчинення доходу.

При цьому при застосуванні ч. 1 ст. 69 КК України за вчинення злочину, за який передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі н. м. д. г. (ст. 203-[1]; ст. 203-[2]; ч. 2 ст. 204; ч. 2 ст. 205; ч. 2 і ч. 3 ст. 206; ч. 2 ст. 209-[1]; ч. 3 ст. 212; ч. 3 ст. 212-[1]; ч. 2 ст. 216; ч. 2 ст. 222; ст. 222-[1]; ст. 232-[2]; ч. 2 і ч. 3 ст. 224; ч. 2 і ч. 3 ст. 229; ч. 1 ст. 231; ч. ч. 2 - 4 ст. 232-[1]; ст. 233; ч. 2 ст. 364-[1]; ст. 365-[1]; ч. 2 і ч. 3 ст. 365-[2]; ч. ч. 2 - 4 ст. 368-[3]; ч. ч. 2 - 4 ст. 368-[4] КК України), суд із підстав, передбачених ч. 1 ст. 69 КК України, може призначити основне покарання у виді штрафу нижче від найнижчої межі, встановленої для цього виду покарання в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК**, але розмір останнього може бути знижений не більше ніж на чверть від найнижчої межі штрафу, встановленої в цій санкції.**Тобто, орієнтиром "мінімального порогу" застосування ч. 1 ст. 69 КК України для цих злочинів є найнижча межа основного покарання у виді штрафу встановлена санкцією статті (частини статті), а не визначений судом розмір штрафу, який враховує майнову шкоду, завдану злочином, або отриманий внаслідок його вчинення дохід. Наприклад, призначаючи особі покарання за вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК України, за наявності обставин визначених у ч. 1 ст. 69 КК України, суд може пом'якшити передбачене санкцією частини цієї статті основне покарання у виді штрафу (мінімальна межа якого становить 15000 н. м. д. г.), призначивши його у розмірі не більше ніж на чверть нижчій від найнижчої межі, тобто не менше ніж 11250 н. м. д. г.

Із вміщеного у ч. 2 ст. 69 КК України застереження щодо застосування цієї норми - "за винятком випадків призначення покарання за вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян" - випливає, що за вчинення злочину, передбаченого ст. 203-[1]; ст. 203-[2]; ч. 2 ст. 204; ч. 2 ст. 205; ч. 2 ст. 209-[1]; ч. 3 ст. 212; ч. 3 ст. 212-[1]; ч. 2 ст. 216; ч. 2 ст. 222; ст. 222-[1]; ст. 232-[2]; ч. 2 і ч. 3 ст. 224; ч. 2 і ч. 3 ст. 229; ч. ч. 2 - 4 ст. 232-[1]; ч. 2 ст. 364-[1]; ст. 365-[1]; ч. 2 і ч. 3 ст. 365-[2]; ч. 3 і ч. 4 ст. 368-[3]; ч. 3 або ч. 4 ст. 368-[4] КК України, **додаткове обов'язкове покарання не може не призначатися судом, тобто обов'язково має бути призначено.** Іншими словами, якщо в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК, яка встановлює відповідальність за вказані злочини, поряд з основним передбачено і обов'язкове додаткове покарання, суд незалежно від наявності обставин, визначених у ч. 1 ст. 69 КК України, не може застосувати ч. 2 ст. 69 КК України і зобов'язаний призначати це додаткове покарання;

- суд відповідно до положень ст. 75 КК України, призначаючи основне покарання у виді штрафу, не може приймати рішення про звільнення від відбування цього покарання з випробуванням;

- при вирішенні питання про призначення покарання за сукупністю злочинів відповідно до положень ст. 70 КК України суд, беручи до уваги

вимоги ст. ст. 65 - 69-[1], 103 КК України, повинен призначити покарання (основне, а за наявності підстав - і додаткове) окремо за кожний зі злочинів, які утворюють сукупність, а потім визначити остаточне покарання або шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим, або шляхом повного чи часткового складання призначених за окремі злочини покарань. Зазначений порядок стосується як основних, так і додаткових покарань. **Зауважимо, що штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основні покарання складанню з іншими покараннями не підлягають.**

Якщо за злочини (складові сукупності) призначено основні покарання різних видів, які не підлягають заміні (згідно з ч. 3 ст. 72 КК України - це штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю), **суд має або застосувати принцип поглинання, або призначити кожне із вказаних покарань до самостійного виконання.** Якщо суд не застосував принцип поглинання одного із цих покарань більш суворим основним покаранням, він повинен включити штраф і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в остаточне покарання поряд з будь-якими іншими основними покараннями.

Поглинання як принцип призначення остаточного покарання за сукупністю злочинів полягає в тому, що менш суворе покарання поглинається більш суворим, яке і підлягає виконанню. Поглинанню підлягають покарання як одного виду, так і різних. Однакові за видом і розміром покарання поглинанню не підлягають, крім випадків, коли вони призначені у максимальних межах санкцій норм КК України. При вирішенні питання, яке із покарань є більш суворим, незважаючи на зміни у ст. 12 КК України, слід виходити із положень ст. 51 КК України. Наведене обґрунтовується тим, що законодавець у ч. 6 ст. 12 КК України, зазначаючи, що "ступінь тяжкості злочину, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається, виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі" (а отже, при зіставленні цих двох видів покарань) надав перевагу такому виду покарання як позбавлення волі. Крім того, застосування у Прикінцевих та перехідних положеннях цього Закону формулювань "особам, що відбувають покарання у виді громадських чи виправних робіт, арешту, обмеження чи позбавлення волі ... невідбута частина покарання *знижується* до відповідного розміру штрафу" (абз. 1 п. 2), "якщо покарання у виді громадських або виправних робіт, арешту або обмеження волі *було знижене* судом до штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян" (абз. 2 п. 3) вказує на те, що принцип побудови системи покарань, закріплений у ст. 51 КК України (від менш суворого покарання до більш суворого), незважаючи на прийняття цього Закону залишився незмінним.

З огляду на викладене, принцип поглинання при призначенні покарання за сукупністю злочинів може застосовуватись, зокрема, тоді, коли за один із злочинів передбачено основне покарання у виді штрафу, а за інший - позбавлення волі на певний строк;

- цим Законом із КК України виключено ряд статей, а саме: **ст. 202 КК** *(нині - статті 164, 166-*[8] *КУпАП)*, **ст. 203 КК** *(нині - ст. 164-*[16] *КУпАП)*, **ст. 207 КК** *(нині - ст. 162-*[1] *КУпАП)*, **ст. 208 КК** *(нині - ст. 162-*[2] *КУпАП)*, **ст. 214 КК** *(нині - ст. 162-*[3] *КУпАП)*, **ст. 215 КК** *(нині - ст. 135-*[1]*КУпАП)*, **ст. 217 КК** *(нині - ст. 189-*[3] *КУпАП)*, **ст. 218 КК** *(нині - ст. 166-*[17] *КУпАП)*, **ст. 220 КК***(нині - ст. 164-*[15] *КУпАП)*, **ст. 221 КК** *(нині - ст. 166-*[16] *КУпАП)*, **ст. 223 КК** *(нині - ст. 163 КУпАП)*, **ст. 225 КК** *(нині - ст. 155-*[2] *КУпАП)*, **ст. 226 КК** *(нині - ст. 171-*[2] *КУпАП)*, **ст. 228 КК***(нині - ст. 166-*[18] *КУпАП)*, **ст. 234 КК** *(нині - ст. 166-*[15] *КУпАП)* **і ст. 235 КК** *(нині - ст. 166-*[14]*КУпАП)*, внаслідок чого кримінальні справи, порушені за цими статтями, підлягають закриттю на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 Кримінально-процесуального кодексу України (далі - КПК України), ст. 5 КК України у зв'язку із декриміналізацією злочинного діяння.

Якщо в ході судового слідства поряд з обставинами, що виключають провадження у кримінальній справі, у діянні особи буде виявлено ознаки адміністративного правопорушення, суд або суддя **зобов'язані** відповідно до ч. 4 ст. 6 КПК України **направити відповідні матеріали органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про таке адміністративне правопорушення;**

- у розділі другому "Прикінцеві та перехідні положення" Закону передбачені правила:а) у пп. 2 - 3 - зниження невідбутої частини покарання до відповідного розміру штрафу, особам, які відбувають покарання за вчинення злочинів, за які цим Законом встановлено основне покарання лише у виді штрафу; б) у п. 4 - зниження покарання до штрафу, у випадку, передбаченому ч. 2 ст. 78 КК України, та у разі встановлення судом підстав для направлення особи, яка відповідно до ст. ст. 75, 104 КК України була звільнена з випробуванням від відбування покарання у виді виправних робіт, обмеження чи позбавлення волі, призначеного їй за вчинення вказаних злочинів, для відбування призначеного покарання; в) перегляду запобіжних заходів у виді тримання під вартою, обраних стосовно осіб, що підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні злочинів, за які цим Законом передбачається встановлення основного покарання лише у виді штрафу. Необхідно звернути увагу, що законодавець у всіх цих випадках застосовує формулювання "за вчинення злочинів, за які цим Законом встановлено основне покарання лише у виді штрафу", із чого випливає, що **зазначені правила не поширюються на злочини передбачені ч. ч. 2 і 3 ст. 206; ч. 1 ст. 212; ч. 1 ст. 212-**[1]**; ч. 1 ст. 213; ст. 223-**[1] **КК України,** оскільки змінені цим Законом санкції, крім основного покарання у виді штрафу, вміщують ще й альтернативні види покарань. Наприклад, ч. ч. 2 і 3 ст. 206 КК України - позбавлення волі, ч. 1 ст. 212, ч. 1 ст. 212-[1] та ст. 223-[1] КК України - позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, ч. 1 ст. 213 КК України - громадські роботи.

І. Відповідно до пункту 2 Прикінцевих та перехідних положень цього Закону розмір штрафу особам, які відбувають покарання:

а) у виді позбавлення волі: визначається, виходячи зі строку невідбутого покарання шляхом його перерахунку за правилами, встановленими ч. 5 ст.

53 КК України, тобто із розрахунку один день позбавлення волі за 8 н. м. д. г. (136 грн.) у таких межах*:

1) понад 3 - до 10 тисяч н. м. д. г. (понад 51000 - до 170000 грн.) - у випадку призначення позбавлення волі за вчинення злочину середньої тяжкості;

2) понад 10 - до 25 тисяч н. м. д. г. (понад 170000 - до 425000 грн.) - у випадку призначення позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину;

3) понад 25 - до 50 тисяч н. м. д. г. (понад 425000 - до 850000 грн.) - у випадку призначення позбавлення волі за вчинення особливо тяжкого злочину.

Якщо під час розрахунку розміру штрафу виявиться, що цей розмір перевищує встановлені ч. 5 ст. 53 КК України межі, суд знижує (замінює) покарання у виді позбавлення волі покаранням у виді штрафу в максимальному розмірі, передбаченому для злочину відповідної тяжкості цією частиною статті. Якщо ж такий розмір є меншим за встановлені законом межі, суд знижує (замінює) покарання у виді позбавлення волі покаранням у виді штрафу в мінімальному розмірі, передбаченому для злочину відповідної тяжкості цією частиною статті;

б) у виді громадських чи виправних робіт, арешту або обмеження волі: визначається, виходячи зі строку невідбутого покарання шляхом його попереднього перерахунку на покарання у виді позбавлення волі за правилами, встановленими ч. 1 ст. 72 КК України, та наступного перерахунку за правилами, встановленими ч. 5 ст. 53 КК України. Наведемо приклад. Особу було визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203-**1** КК України, та призначено основне покарання у виді виправних робіт строком до двох років із відрахуванням 15% заробітної плати в дохід держави. Вирок набрав законної сили 1 листопада 2011 року, тобто на момент розгляду кримінальної справи у суді (28 лютого 2012 року) невідбута особою частина покарання у виді виправних робіт становить 1 рік 8 місяців 1 день (645 днів), що в перерахунку на покарання у виді позбавлення волі, відповідно до ч. 1 ст. 72 КК України, складає 215 дні. Оскільки відповідно до абз. 2 ч. 5 ст. 53 КК України одному дню позбавлення волі відповідає 8 н. м. д. г. (136 грн.), виходячи з розрахунку 215 * 136, розмір штрафу становить 29240 грн. (1720 н. м. д. г.), що відповідає правилам, встановленим ч. 5 ст. 53 КК України (дотримано визначені законом межі розміру штрафу).

II. Відповідно до пункту 3 Прикінцевих та перехідних положень особам, які відбувають покарання у виді громадських чи виправних робіт, арешту, обмеження чи позбавлення волі, призначене за сукупністю злочинів, за один або кілька з яких згідно із цим Законом призначається основне покарання лише у виді штрафу (ст. 200; ст. 203-**1**; 203-**2**; ч. 1 і ч. 2 ст. 204; ст. 205; ч. 1 ст. 206; ст. 209-**1**; ч. 2 і ч. 3 ст. 212; ч. 2 і ч. 3 ст. 212-**1**; ч. 2 ст. 213; ст. 216; ст. 219; ст. 222; ст. 222-**1**; ст. 223-**2**; ст. 224; ст. 227; ст. 229; ст. 231; ст. 232-**1**; ст. 232-**2**; ст. 233;

* Слід зазначити, що при здійсненні такого перерахунку суд має виходити з граничних розмірів штрафу, встановлених саме цим Законом, а не тим, що діяв не на момент вчинення злочину.

ст. 364; ст. 365-[1]; ст. 365-[2]; ст. 368-[3]; ст. 368-[4] КК України), невідбута частина покарання знижується до відповідного розміру штрафу тільки у випадку, якщо за такий злочин було призначено більш суворе покарання із числа покарань, призначених за злочини, що становлять сукупність.

Наприклад, особу визнано винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 212, ч. 2 і ч. 3 ст. 358 КК України та засуджено за ч. 3 ст. 212 КК України на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права займатися підприємницькою діяльністю строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є особистою власністю засудженого; за ч. 2 ст. 358 КК України - на один рік позбавлення волі; за ч. 3 ст. 358 КК України - на шість місяців арешту. На підставі ч. 1 ст. 70 КК України за сукупністю злочинів шляхом поглинання менш суворого покарання більш суворим остаточно призначено покарання у виді п'яти років позбавлення волі з позбавленням права займатися підприємницькою діяльністю строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є особистою власністю засудженого.

Із наведеного прикладу випливає, що цій особі має бути знижено невідбуту частину покарання у виді позбавлення волі до відповідного розміру штрафу за правилами, встановленими пунктом 2 Прикінцевих та перехідних положень, оскільки: а) вчинений нею злочин, передбачений ч. 3 ст. 212 КК України, згідно із цим Законом карається основним покаранням лише у виді штрафу; б) за його вчинення було призначено більш суворе покарання (п'ять років позбавлення волі) із числа покарань за злочини сукупності (один рік позбавлення волі за ч. 2 ст. 358 КК України та шість місяців арешту за ч. 3 ст. 358 КК України). Для прикладу приведемо зазначений вирок у відповідність до положень Закону. Так, беручи до уваги, відповідно до положень ч. 5 ст. 72 КК України строк попереднього ув'язнення засудженого, оскільки запобіжний захід у виді тримання під вартою обрано 1 травня 2011 року, строк невідбутого особою покарання на станом на 28 лютого 2012 року становить 1553 дні. Оскільки відповідно до абз. 2 ч. 5 ст. 53 КК України одному дню позбавлення волі відповідає 8 н. м. д. г. (136 грн.), виходячи з розрахунку 1553 * 136, розмір штрафу становить 211208 грн. (12424 н. м. д. г.). Враховуючи вищевикладене, на підставі ч. 1 ст. 70 КК України за сукупністю злочинів шляхом поглинання менш суворого покарання (штраф у 12424 н. м. д. г. за ч. 2 ст. 212 КК України та арешт на 6 місяців за ч. 3 ст. 358 КК України) більш суворим (одним роком позбавлення волі за ч. 2 ст. 358 КК України), остаточне покарання призначається у виді одного року позбавлення волі з позбавленням права займатися підприємницькою діяльністю строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є особистою власністю засудженого.

Таке ж правило відповідно до пункту 3 Прикінцевих та перехідних положень застосовується при вирішенні питання щодо зниження покарання до відповідного розміру штрафу особам, які відбувають покарання, призначене за сукупністю вироків.

У абзаці 2 пункту 3 Прикінцевих та перехідних положень зазначається, що у випадку, якщо покарання у виді громадських чи виправних робіт, арешту, обмеження волі (*позбавлення волі до цього переліку не включено*) було знижене

судом до штрафу в розмірі понад три тисячі н. м. д. г., воно не може бути у подальшому замінено на покарання у виді позбавлення волі згідно з правилами, встановленими ч. 5 ст. 53 КК України. **Це застереження зумовлено тим, що абз. 2 ч. 5 ст. 53 КК України визначає порядок заміни штрафу в розмірі понад три тисячі н. м. д. г., у разі його несплати, на покарання у виді позбавлення волі.** При цьому, у разі несплати штрафу особою, якій попередньо було призначено покарання у виді позбавлення волі, а потім у зв'язку з набуттям чинності цим Законом знижено до штрафу у розмірі понад три тисячі н. м. д. г., останнє підлягає заміні на покарання у виді позбавлення волі.

ІІІ. Відповідно до пункту 4 Прикінцевих та перехідних положень, особи, які відповідно до статей 75, 104 КК України були звільнені з випробуванням від відбування покарання у виді виправних робіт, обмеження чи позбавлення волі, призначеного їм за вчинення злочинів, за які цим Законом передбачається встановлення основного покарання лише у виді штрафу (ст. 200; ст. 203-**[1]**; ст. 203-**[2]**; ч. 1 і ч. 2 ст. 204; ст. 205; ч. 1 ст. 206; ст. 209-**[1]**; ч. 2 і ч. 3 ст. 212; ч. 2 і ч. 3 ст. 212-**[1]**; ч. 2 ст. 213; ст. 216; ст. 219; ст. 222; ст. 222-**[1]**; ст. 223-**[2]**; ст. 224; ст. 227; ст. 229; ст. 231; ст. 232-**[1]**; ст. 232-**[2]**; ст. 233; ст. 364; ст. 365-**[1]**; ст. 365-**[2]**; ст. 368-**[3]**; ст. 368-**[4]** КК України), продовжують виконувати покладені на них судом обов'язки. Якщо такі особи не виконують покладені на них обов'язки або систематично вчиняють правопорушення, що потягло за собою адміністративні стягнення і свідчить про їх небажання стати на шлях виправлення:

а) суд знижує покарання до штрафу згідно з правилами, встановленими пунктом 2 Прикінцевих та перехідних положень Закону;

б) у випадку коли цій особі було попередньо призначено покарання за сукупністю злочинів, невідбута частина покарання знижується до відповідного розміру штрафу лише у випадку, якщо за такий злочин було призначено більш суворе покарання з числа покарань за злочини сукупності.

Якщо особа, звільнена від відбування покарання з випробуванням відповідно до статей 75, 104 КК України за вчинення злочину, за який цим Законом встановлено основне покарання лише у виді штрафу, протягом іспитового строку вчиняє новий злочин, суд спершу знижує попередньо призначене покарання до штрафу, згідно із правилами Прикінцевих та перехідних положень Закону, а потім застосовує положення ст. 71 КК України.

Щодо інших питань, які можуть виникнути в судовій практиці при реалізації положень цього Закону, буде повідомлено додатково.

Інформаційний лист підготовлено завідувачем сектору забезпечення діяльності заступника Голови ВССУ Т.І. Слуцькою, погоджено заступником Голови ВССУ С.М. Міщенком, обговорено та схвалено на нараді суддів судової палати у кримінальних справах 29 лютого 2012 року.

Заступник Голови	С. М. Міщенко

АНАЛІЗ
правозастосування судами норм закону про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів
(деякі проблемні питання (ст. 204 КК)[1]

(Витяг)

Процес становлення України як демократичної правової держави тісно пов'язаний із забезпеченням законності й правопорядку в такій важливій сфері державних інтересів, як оподаткування підакцизних товарів та їх обіг. Галузь виробництва та обігу алкогольних напоїв і тютюнових виробів в Україні за своєю прибутковістю для державного бюджету посідає одне з чільних місць.

Акциз (фр. *accise,* від лат. *accidere* - урізти) – один із різновидів здійснюваних державою податків (зборів), не пов'язаних з одержанням прибутку підприємцем (товаровиробником, торговцем). Це найпоширеніші державні непрямі (побічні) податки (збори) на певні продукти масового попиту (предмети розкоші, тютюн, алкогольні напої, коштовні метали та інше), які стягують з виробників чи продавців товарів. Акциз входить до ціни товару, яку сплачує споживач, його розмір і сума стягуються до бюджету. Часто застосовується на окремі імпортні товари з метою захисту внутрішнього ринку й підтримки вітчизняного товаровиробника.

Акцизний податок є одним із стабільних і суттєвих джерел поповнення бюджету держави, який виконує не лише фіскальну, а й регулюючу функцію.

На час проведення аналізу відповідно до п. 215.1 ст. 215 Податкового кодексу України (далі - ПК) до підакцизних товарів належали: спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, алкогольні напої, пиво; тютюнові вироби, тютюн та промислові замінники тютюну; нафтопродукти, скраплений газ; автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли. Перелік підакцизних товарів може змінюватися: зменшуватись або збільшуватись.

З 2001 р. у Кримінальному кодексі України (далі - КК) почала діяти нова кримінально-правова норма, яка передбачає відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту алкогольних напоїв, тютюнових виробів та інших підакцизних товарів. Як свідчить судова практика, до кримінальної відповідальності притягуються особи, винні переважно у незаконних діях з алкогольними напоями.

Мета проведення зазначеного аналізу - відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 40, п. 2 ч. 1 ст. 44^1 Закону від 7 липня 2010 р. № 2453-VI "Про судоустрій і статус суддів" (у редакції Закону на час підготовки аналізу) провести аналіз статистичних даних та вивчити судову практику правозастосування судами норм закону про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів, виявлення невирішених та спірних питань, що виникають у судів при розгляді таких справ, надання пропозицій щодо шляхів їх усунення.

[1] Матеріал до друку підготовлено суддею Верховного Суду України В. Ф. Школяровим та головним консультантом (судді) Т. В. Кожановою.

Застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів

Уведення в 2001 р. нової кримінально-правової норми, зокрема ст. 204 КК, яка не мала аналогів у кримінальному законодавстві України попередніх років, викликає низку практичних питань, вирішення яких ускладнюється через бланкетний характер її диспозиції, коли вирішення питання про підстави та межі кримінальної відповідальності безпосередньо залежить від правильного й точного аналізу регулятивного (базового) законодавства.

У чинному КК ст. 204 передбачає кримінальну відповідальність за вчинення таких діянь:

1) незаконне придбання з метою збуту або зберігання з цією метою, а також збут чи транспортування з метою збуту незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів;

2) незаконне виготовлення алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів, або вчинене особою, яка раніше була засуджена за цією статтею;

3) незаконне виготовлення товарів, зазначених у частинах 1 або 2 цієї статті, з недоброякісної сировини (матеріалів), що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, а так само незаконний збут таких товарів, що призвело до отруєння людей чи інших тяжких наслідків.

Статтею 204 КК визначено відповідальність за три окремих злочини, кожен з яких характеризується самостійним складом, у зв'язку з чим припускається можливість кваліфікації за сукупністю злочинів, склади яких передбачені різними частинами цієї статті.

На цьому ж наголошується і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 3 "Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності" (далі - Постанова № 3), у п. 16 якої безпосередньо зазначається, що кожною частиною ст. 204 КК передбачено самостійний склад злочину, тому за наявності підстав дії винної особи мають кваліфікуватися за сукупністю цих злочинів.

Основним безпосереднім об'єктом злочину є запроваджений з метою захисту системи оподаткування порядок виробництва та обігу підакцизних товарів.

Додатковими об’єктами такого злочину стають засади добросовісної конкуренції, а злочин, передбачений ч. 3 ст. 204 КК, належить до двооб'єктних, оскільки посягає не лише на встановлений порядок акцизного оподаткування, а й на життя і здоров'я людей як споживачів недоброякісної підакцизної продукції.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, полягає у таких чотирьох діях, вказаних альтернативно: 1) придбання незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних

товарів; 2) зберігання таких товарів; 3) їх транспортування; 4) збут незаконно виготовлених підакцизних товарів.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, є ***спеціальна мета*** - збут предметів такого злочину.

Придбання підакцизних товарів означає, що особа будь-яким способом (купівля, обмін, прийняття в рахунок сплати боргу або оплати за надані послуги чи виконану роботу і под.) отримує фактичну можливість володіти, користуватись і розпоряджатись відповідними предметами.

Незаконне придбання незаконно виготовлених підакцизних товарів - це набуття будь-яким способом права власності на них з порушенням вимог законодавства, що регулює порядок здійснення господарської діяльності з реалізації алкогольних напоїв, тютюнових виробів та інших підакцизних товарів, тобто вчинення таких дій особою, яка не має ліцензії на оптову чи роздрібну торгівлю підакцизними товарами, не для особистого некомерційного використання, а з метою збуту таких товарів, а також їх придбання з порушенням порядку, встановленого законодавством, для придбання окремих видів підакцизних товарів.

Зберіганням охоплюються дії, пов'язані з перебуванням підакцизних товарів у володінні винного (при собі, у будь-якому приміщенні, транспортному засобі, спеціальній схованці і т. ін.). Зберігання - триваючий злочин, який має визнаватись закінченим з моменту, коли особа за власною ініціативою (знищила, викинула чи збула товар) або всупереч своїй волі (наприклад, підакцизні товари вилучили працівники міліції) фактично припинила володіти відповідними предметами.

Незаконним зберіганням незаконно виготовлених підакцизних товарів слід вважати вчинення будь-яких дій, пов'язаних із фактичним володінням такими товарами, незалежно від місця їх фактичного знаходження: в приміщенні, будівлі, сховищі чи будь-якому іншому місці, вибраному особою чи відомому їй, за умови, що вони вчинюються з метою подальшого збуту незаконно виготовлених підакцизних товарів, що незаконно зберігаються особою, яка не має ліцензії на оптову чи роздрібну торгівлю ними, а також зберігання таких товарів з порушенням порядку, встановленого законодавством для зберігання окремих видів підакцизних товарів.

Транспортування - це будь-які дії з переміщення зазначених предметів, незалежно від способу їх переміщення і місця зберігання. Поняття "транспортування" охоплює також пересилання, тобто переміщення відповідних предметів у просторі шляхом відправлення їх поштою, багажем, посильним або іншим способом.

Незаконне транспортування таких товарів - це їх переміщення з одного місця в інше з використанням будь-якого виду транспорту: автомобільного, морського, річкового, повітряного, трубопровідного, гужового з метою подальшого збуту, вчинене особою, яка не має ліцензії на здійснення господарської діяльності з реалізації таких підакцизних товарів, а також транспортування цих товарів з порушенням порядку, встановленого законодавством для транспортування окремих видів підакцизних товарів.

Збут означає будь-які оплатні або безоплатні форми реалізації підакцизних товарів (наприклад, продаж, дарування, обмін, передача в рахунок погашення боргу, відшкодування заподіяних збитків тощо). Під час збуту незаконно виготовлених алкогольних напоїв і тютюнових виробів можуть використовуватися незаконно виготовлені, незаконно отримані або підроблені марки акцизного збору, у зв'язку з чим дії винних потребують додаткової кваліфікації за ст. 216 КК.

Придбання, зберігання, збут чи транспортування утворюють склад злочину за умови, коли вони вчинюються незаконно, тобто з порушенням вимог законодавства, що регулює питання обігу підакцизних товарів.

Виготовлення підакцизних товарів - це діяльність, що пов'язана з випуском готових для споживання або використання товарів і передбачає усі стадії технологічного процесу. Характер і механізм злочинних дій, спрямованих на отримання готової до відчуження підакцизної продукції, визначається її видом. Так, виготовлення фальсифікованих алкогольних напоїв може здійснюватись шляхом розведення харчових або технічних спиртів водою та добавлення різних компонентів для поліпшення смакових властивостей продукту.

З огляду на те, що поняттям "виготовлення" у ст. 204 КК охоплюється саме технологічний процес створення товарів, на кваліфікацію за цією нормою не впливає кількість фактично виробленої продукції, а також те, чи розпочала винна особа її збут. Виготовлення підакцизних товарів має кваліфікуватись за ст. 204 КК лише за умови його незаконності.

Незаконно виготовленими підакцизними товарами слід розуміти товари, виготовлені за відсутності правових підстав для їх виготовлення.

Оскільки більшість видів діяльності з обігу підакцизних товарів підлягають ліцензуванню, то їх здійснення можливе лише особами, які зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності і мають ліцензію на здійснення таких видів діяльності. Зокрема, виробництво алкогольних напоїв та тютюнових виробів, оптова та роздрібна торгівля ними є видами діяльності, що підлягають ліцензуванню. Стосовно здійснення окремих видів діяльності з обігу спирту етилового для більшості суб'єктів, крім державних підприємств, законом передбачена заборона. Тобто ведення такої діяльності недержавними підприємствами завжди буде незаконним.

На це ж звертається увага і в п. 12 Постанови № 3, в якому зазначається, що незаконно виготовленими слід вважати вказані в ст. 204 КК товари, які вироблені: 1) особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, незалежно від того, чи підлягає діяльність з їх виготовлення ліцензуванню; 2) суб'єктом підприємницької чи господарської діяльності без одержання ліцензії, якщо їх виготовлення підлягає ліцензуванню.

Незаконним буде виготовлення алкогольних напоїв і тютюнових виробів й у разі їх фальсифікації, коли виготовлення цих предметів здійснюється з порушенням технології, з неправомірним використанням знака для товарів чи послуг, копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення або шляхом прямого відтворення товару іншого підприємця із самовільним використанням

його імені. У випадках фальсифікації підакцизних товарів дії винного за наявності для цього підстав потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 204 і ст. 229 КК.

Вирішуючи питання про законність або незаконність виготовлення тих чи інших підакцизних товарів, слід враховувати, що стосовно окремих видів таких товарів державою встановлено спеціальний режим правового регулювання.

За відсутності спеціального законодавчого акта, який би регулював порядок виробництва будь-яких підакцизних товарів, у вирішенні питання, чи є підакцизні товари такими, що виготовлені незаконно, слід керуватися загальним законодавством про підприємницьку діяльність.

Якщо підакцизні товари виготовляються з дотриманням умов ліцензування зареєстрованим суб'єктом господарської діяльності, однак при цьому тим чи іншим способом занижується об'єкт оподаткування (наприклад, у звітній документації не зазначається частина готової продукції), вчинене слід кваліфікувати не за ч. 2 ст. 204, а за відповідною частиною ст. 212 КК.

Особливість складу злочинів, передбачених окремими частинами ст. 204 КК, визначається прямою вказівкою у кримінальному законі на підакцизні товари як на предмет суспільно небезпечних протиправних діянь. Доведеність саме цієї ознаки є одним із основних критеріїв правильної кваліфікації вчиненого.

Отже, з'ясування того, що обов'язковий для цього злочину предмет посягання відсутній, може означати лише те, що наявність усіх інших ознак все одно не буде утворювати склад цього злочину.

У кримінально-правовій науці застосовується певний порядок аналізу юридичного складу окремого злочину, який полягає у послідовному встановленні ознак його об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони. Однак іноді такий аналіз доцільніше починати з визначення предмета злочину. Це стосується передусім ситуацій, коли у кримінальному законі обов'язковою ознакою складу злочину є саме предмет. Як пише В. Я. Тацій, "... зі встановлення предмета злочину найчастіше і починається процес з'ясування характеру самого посягання, а також способів його впливу на певний об'єкт"[1].

Предметом злочину, що розглядається, є: 1) алкогольні напої; 2) тютюнові вироби; 3) інші підакцизні товари. Для застосування ч. 1 ст. 204 КК необхідно встановити, що підакцизні товари як предмет передбаченого цією нормою злочину виготовлені незаконно.

Безпосередня вказівка у кримінальному законі на алкогольні напої та тютюнові вироби як предмети таких злочинів не дає підстав вважати ці вироби окремим, особливим видом предмета, а свідчить лише про спрямованість кримінального закону на боротьбу насамперед з незаконним виробництвом та обігом цих товарів.

[1] Тацій В. А. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України: Навч. посібник. - Х., 1994 - 76 с.

Із проаналізованих копій судових рішень, надісланих апеляційними судами, вбачається, що в переважній більшості випадків предметом таких злочинів є саме ***алкогольні напої,*** які мають великий попит у населення.

Як свідчить практика, для з'ясування того, чи є вилучена в особи рідина алкогольним напоєм, у справах цієї категорії органи досудового розслідування зазвичай призначали судово-хімічні (харчові) експертизи, на висновках яких потім фактично й ґрунтувалось усе обвинувачення. При цьому слідство і суди не враховували, що дані, викладені у висновках таких експертиз, визначають лише родову приналежність тих чи інших продуктів до алкогольних напоїв, але не встановлюють, чи можна ці товари визнати підакцизними.

Так, вироком Замостянського районного суду м. Вінниці від 27 лютого 2012 р. С. засуджено за ч. 1 ст. 204 КК- незаконне придбання з метою збуту, зберігання з цією метою, а також збут незаконно виготовлених алкогольних напоїв. У формулюванні обвинувачення, визнаного доведеним, суд зазначив, що С. у період з вересня по 29 листопада 2011 р., не зареєстрований як приватний підприємець та не маючи відповідної ліцензії на виготовлення та реалізацію підакцизних товарів, систематично купував у не встановленої слідством особи незаконно виготовлені алкогольні напої без марок акцизного збору встановленого зразка з метою подальшого збуту. Незаконно придбані алкогольні напої С. зберігав з метою збуту в підсобному приміщенні своєї оселі, а потім збував.

Визнаючи С. винуватим у вчиненні інкримінованого злочину, суд послався на висновок експерта, згідно з яким надана на дослідження рідина визнана спиртовмісною, міцність якої становить 43/5, 42/7, 42/3 об. %, а саме водно-спиртовою сумішшю, міцним алкогольним напоєм, виготовленим, ймовірно, в кустарних умовах шляхом розбавлення спирту водою, що за перевіреними органолептичними (ароматом) та основними фізико-хімічними (міцність) показниками не відповідає обов'язковим вимогам діючого ДСТУ 4256:2003 "Горілки і горілки особливі. Технічні умови".

Інший приклад. *Вироком Якимівського районного суду Запорізької обл. від 25 вересня 2012 р. Л. визнано винною і засуджено за ч. 1 ст. 204 КК за те, що вона 20 травня 2012 р. у невстановленої особи придбала 80 пляшок об'ємом 0,5 л незаконно виготовлених алкогольних напоїв, які з метою збуту транспортувала до місця мешкання, а потім 17 пляшок збула жителям міста. Працівниками міліції було вилучено 63 пляшки об'ємом 0,5 л кожна з незаконно виготовленим алкогольним напоєм, який відповідно до висновків експерта є спиртним напоєм (водно-спиртовою сумішшю), виробленим кустарним способом з порушенням технології горілчаного виробництва, і таким, що не відповідає вимогам ДСТУ.*

Наступний приклад. *Вироком Марганецького міського суду Дніпропетровської обл. від 7 лютого 2013 р. Х. засуджено за ч. 1 ст. 204 КК. Предметом цього злочину суд визнав алкогольні напої, які згідно з висновками експерта містять етиловий спирт та є кустарно виготовленими алкогольними напоями - водно-спиртовими розчинами, які не відповідають вимогам ДСТУ 4256:2003 "Горілки і горілки особливі. Технічні умови".*

Досліджувані алкогольні напої не відповідають специфікаціям якості та безпеки для алкогольних напоїв, виготовлені кустарним способом з порушенням технології горілчаного виробництва, є небезпечними для здоров'я людини.

У таких випадках постає питання, чи можуть суди, посилаючись лише на висновки хімічної (харчової) експертизи, визначати незаконно виготовлений алкогольний напій як підакцизний товар?

Відповідно до підпункту 14.1.145 п. 14.1 ст. 14 ПК підакцизні товари (продукція) - це товари за кодами згідно з Українською класифікацією товарів зовнішньоекономічної діяльності (далі - УКТ ЗЕД), на які цим Кодексом встановлено ставки акцизного податку.

Отже, підакцизний товар повинен відповідати таким ознакам:

а) має бути названим підакцизним товаром у відповідному законі України;

б) до його ціни повинен включатися непрямий загальнодержавний податок - акцизний збір.

Акцизним податком як загальнодержавним непрямим податком обкладаються предмети, що можуть виготовлятись, бути об'єктом правочинів і знаходитись у власності суб'єктів лише на легальних підставах та у передбаченому законодавством порядку;

в) його може бути віднесено до однієї з товарних позицій чи субпозицій загальнодержавного товарного класифікатора - УКТ ЗЕД, що в свою чергу передбачає відповідність цього предмета до державних вимог у сфері стандартизації і сертифікації.

Слід зазначити, що Гармонізована система опису та кодування товарів (далі - ГСОКТ) була запроваджена Міжнародною конвенцією про Гармонізовану систему опису та кодування товарів (надалі - Міжнародна конвенція про ГСОКТ) від 14 червня 1983 р., до якої Україна приєдналась 17 травня 2002 р. Згідно із зобов'язаннями Міжнародної конвенції про ГСОКТ в Україні діє УКТ ЗЕД, яка в межах України відігравала роль національного товарного класифікатора навіть до приєднання до ГСОКТ.

Із наведеного випливає, що підакцизними предметами визнаються не будь-які спиртні напої, а лише ті вироби, яким присвоєно певний код УКТ ЗЕД, що у свою чергу потребує встановлення відповідності даної продукції державним стандартам. Це означає, що питання про те, чи відповідає конкретний алкогольний напій певній товарній позиції УКТ ЗЕД, має встановлювати товарознавча експертиза.

Як вбачається із наданих апеляційними судами копій судових рішень, у переважній більшості суди визнавали підакцизними товарами певну рідину, яка за висновками хімічних (харчових) експертиз визначалась як "кустарно виготовлений водно-спиртовий розчин (суміш) із вмістом спирту етилового, що не відповідає певним вимогам ДСТУ", або як "алкогольний напій, який не відповідає вимогам ДСТУ та виготовлений кустарним способом". При цьому констатується, що зазначені водно-спиртові розчини не відповідали встановленим стандартам за одним чи декількома показниками з числа таких: за органолептичними показниками; за вмістом спирту етилового; за кустарним

способом виготовлення; за наявністю певних домішок чи перевищенням їх об'єму та ін.

Отже, за таких умов незаконно виготовлені алкогольні напої не можуть класифікуватися за встановленою номенклатурою і, більш того, обкладатися акцизним збором, а тому вони не можуть визнаватися підакцизними товарами.

Такої ж думки дотримуються і науковці, які стверджують, що практика пішла шляхом створення певної юридичної фікції, суть якої полягає в ототожненні понять "алкогольні напої" та "підакцизні алкогольні напої".

У висновку Верховного Суду України, викладеному у постанові від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13, виходячи із норм закону про визначення понять "підакцизні товари" та "алкогольні напої", редакція якого була чинною на час вчинення злочину, вказано, за якими саме ознаками алкогольний напій може визнаватися підакцизним товаром.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України констатувала:

Алкогольний напій може бути визнаний таким і бути предметом злочинів, передбачених ст. 204 КК, лише за умови, якщо він відповідає таким ознакам:

1) одержаний шляхом спиртового бродіння цукровмісних матеріалів або виготовлення на основі харчових спиртів;

2) вміст спирту етилового має становити понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць;

3) визнаний законом підакцизним товаром, до ціни якого включено акцизний податок;

4) належить до товарної групи ГСОКТ під одним із зазначених кодів: 2204, 2205, 2206, 2208.

Відсутність хоча б однієї з наведених ознак виключає можливість визнання алкогольного напою підакцизним товаром, відповідно і предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК.

Водночас судам слід враховувати, що норми зазначеної статті мають бланкетний характер в частині вказівки на предмет злочинів, тому під час проведення кримінально-правової кваліфікації діяння слід обов'язково встановити, який саме нормативно-правовий акт та у якій редакції діяв на час вчинення конкретного злочину, зокрема, які саме речі матеріального світу визнавалися підакцизними товарами у конкретний момент часу[1].

Варто зазначити, що Законом від 31 липня 2014 р. № 1621-VII "Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України" (далі - Закон № 1621) доповнено визначення поняття "алкогольні напої", формулювання якого викладено в підпункті 14.1.5 п. 14.1 ст. 14 ПК: алкогольні напої - продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукровмісних матеріалів або виготовлені на основі харчових спиртів із вмістом спирту етилового понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць, які зазначені у товарних

[1] Див. детальніше Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000 (справа про зворотну дію кримінального закону в часі).

позиціях 2204, 2205, 2206, 2208 згідно з УКТ ЗЕД, а також з умістом спирту етилового 8,5 відсотка об'ємних одиниць та більше, які зазначені у товарних позиціях 2103 90 30 00, 2106 90 згідно з УКТ ЗЕД.

Також Законом № 1621 перелік підакцизних товарів і ставок акцизного податку, визначених в підпункті 215.3.1 п. 215.3 ст. 215 ПК, доповнено ще однією позицією: "тільки продукти із вмістом спирту етилового 8,5 відсотка об'ємних одиниць та більше", що відповідно до УКТ ЗЕД відповідає коду товару (продукції) 2103903000, 210690.

Отже, відповідальність за дії, передбачені ст. 204 КК, настає тоді, коли винна особа вчиняє певні дії щодо одного з видів продукції, яка за своїми товарними характеристиками підпадає під законодавче визначення підакцизного товару. Якщо ж продукт (товар) за якимись ознаками подібний до підакцизних товарів, але не містить усіх ознак цього товару, то він не може визнаватися предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК.

На цьому ж наголошено і в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 листопада 2013 р. за результатами перегляду кримінальної справи за касаційною скаргою засудженого Особи 1 на вирок Судацького міського суду АР Крим від 17 травня 2012 р. та ухвалу апеляційного суду АР Крим від 24 липня 2012 р.

Як вбачається з матеріалів кримінальної справи, Особа 1 з метою збуту вдома шляхом бродіння цукровмісних матеріалів незаконно виготовив з винограду алкогольний напій - вино із вмістом спирту етилового від 11,2 до 16,5 відсотка об'ємних одиниць, яке не відповідало встановленим для даного товару (продукції) стандартам, нормам і умовам ДСТУ.

Оскільки виготовлений Особою 1 алкогольний напій не містить усіх ознак підакцизного товару, висновок судів першої та апеляційної інстанцій про кваліфікацію його дій за ч. 1 ст. 204 КК касаційний суд визнав незаконним, а тому зазначений вирок Судацького міського суду АР Крим та ухвалу апеляційного суду АР Крим скасував, а провадження у справі закрив за відсутністю в діях Особи 1 складу цього злочину.

Обов'язковою ознакою інтелектуального моменту прямого умислу, який входить до суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 204 КК, є усвідомлення винною особою того факту, що раніше ці підакцизні товари були виготовлені незаконно.

Так, вироком Рожищенського районного суду Волинської обл. від 3 вересня 2012 р. М. було засуджено за ч. 1 ст. 204 КК за те, що вона 8 та 17 травня 2012 р. збула по 0,5 л спирту етилового громадянці П.

Вироком цього ж суду від 26 червня 2012 р. П. засуджено за ч. 1 ст. 204 КК. Суд визнав доведеним, що вона у не встановлених слідством осіб придбала з метою збуту 6 л етилового спирту, який зберігала у своєму помешканні, а потім незаконно збула.

Інший приклад: *Деражнянський районний суд Хмельницької обл. визнав В. винним у тому, що він у період з 10 до 15 січня 2012 р. незаконно придбав на продовольчому ринку в м. Барі Вінницької обл. 23,5 л спирту етилового, який*

незаконно з метою збуту транспортував до місця мешкання своєї матері, де з цією ж метою незаконно зберігав його та потім 2,5 л збув.

Слід звернути увагу, що за змістом диспозиції ч. 1 ст. 204 КК предметом передбаченого у ній злочину можуть бути лише незаконно виготовлені підакцизні товари, але суди при ухваленні вироків переважно не зазначають, що такий товар було виготовлено незаконно, і засуджені це усвідомлювали.

Якщо факт усвідомлення засудженим незаконного виготовлення такого товару не встановлено, відповідальність за вчинення цього злочину не настає.

Проте усі зазначені у ч. 1 ст. 204 КК дії з підакцизними товарами необхідно відрізняти від незаконних дій, вчинюваних із законно виготовленими підакцизними товарами. Так, не підпадають під ст. 204 КК і не можуть кваліфікуватися за цією статтею дії, які полягають у порушенні встановленого законом порядку придбання, зберігання, транспортування та збуту законно виготовлених підакцизних товарів. Наприклад, це може бути зберігання законно виготовлених підакцизних товарів у неналежних місцях або їх реалізація - у заборонених місцях чи особам, яким реалізація заборонена, та ін.

Досить часто у вироках під час формулювання визнаного доведеним обвинувачення суди не зазначають мети вчинених дій, передбачених ч. 1 ст. 204 КК, тобто збут. Придбання, зберігання або транспортування незаконно виготовлених підакцизних товарів не з метою збуту, а для власного споживання чи використання, не утворюють розглядуваного складу злочину.

Незаконне виготовлення алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів є самостійним складом злочину, виділеним в окрему кримінально-правову норму (ч. 2 ст. 204 КК). При цьому незаконне виготовлення підакцизних товарів тягне відповідальність за ч. 2 ст. 204 КК лише за умови, що таке виготовлення здійснюється: а) шляхом відкриття підпільних цехів; б) з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів; в) особою, яка раніше була засуджена за цією статтею.

Виготовлення підакцизних товарів має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 204 КК лише за умови його незаконності.

Поняттям "виготовлення підакцизних товарів" у ч. 2 ст. 204 КК охоплюється саме технологічний процес створення таких товарів. Якщо процес незаконного виготовлення є безрезультатним, тобто поки готові підакцизні товари не отримані, дії винного за спрямованістю умислу мають кваліфікуватись як замах з посиланням на відповідну частину ст. 15 КК. Дії особи, спрямовані на відкриття (створення) підпільного цеху для незаконного виготовлення підакцизних товарів, а також вчинення з цією ж метою підшукування або пристосування обладнання, що забезпечує масове виробництво товарів, повинні кваліфікуватись з посиланням на ст. 14 КК як готування до вчинення передбаченого ч. 2 ст. 204 КК злочину у формі незаконного виготовлення підакцизних товарів шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів.

Дії особи, яка спочатку незаконно виготовила підакцизні товари за умов, вказаних у ч. 2 ст. 204 КК, а потім з метою збуту зберігала чи транспортувала їх або здійснила збут незаконно виготовлених товарів, потрібно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 2 ст. 204 КК.

Характеристики підпільного цеху в плані відповідальності за ч. 2 ст. 204 КК не обов'язково мають відповідати ознакам цеху як організаційного та/або технологічного відокремленого структурного підрозділу легально діючого підприємства.

Виготовлення підакцизних товарів шляхом відкриття підпільних цехів - це незаконне виготовлення такого товару в певному місці, приміщенні чи споруді, які спеціально були пристосовані для незаконного виготовлення підакцизних товарів. Такий цех може створюватися як за місцем проживання винної особи, так і в будь-якому іншому місці. Зазначене пристосування може мати різний вигляд, залежно від виду підакцизного товару та вибраного особою способу його виготовлення, зокрема у встановленні спеціального обладнання, облаштуванні робочих місць для працівників, розміщенні комплектів предметів, що використовуються під час виготовлення підакцизних товарів тощо. Для кваліфікації за цією ознакою не мають значення розміри такого цеху, а також на яку кількість робітників він розрахований.

Не варто робити акцент і на масовому виготовленні підакцизних товарів за допомогою обладнання і технологій, що використовуються для їх легального промислового виробництва. Відповідно до ч. 2 ст. 204 КК злочином вважається не створення підпільних цехів, а незаконне виготовлення підакцизних товарів шляхом їх відкриття. Взагалі важливою ознакою незаконного виготовлення підакцизних товарів є надання їм такого вигляду, який не дозволяє без застосування спеціальних знань та приладів встановити їх відмінність від продукції, виготовленої легально. Це охоплює використання відповідних етикеток, марок, позначень, наявність яких на виробі асоціюється у споживача з належною продукцією і викликає в нього довіру.

На нашу думку, характерні ознаки підпільного цеху наведені у вироку Ковельського районного суду Волинської обл. від 29 січня 2013 р. щодо Д., залишеного без змін ухвалою апеляційного суду Волинської обл. від 2 квітня 2013 р.

Суд визнав доведеним, що Д. за попередньою змовою групи осіб з метою незаконного виготовлення тютюнових виробів у січні 2012 р. надав співучасникам злочину (за цим вироком суду засуджено ще 14 осіб) комплекс виробничих приміщень автосервісу, які належали йому на праві приватної власності.

Протягом квітня - серпня 2012 р. Д., не маючи відповідного дозволу (ліцензії) на виготовлення тютюнових виробів, за попередньою змовою з невстановленими особами та іншими засудженими в цій справі у виробничих приміщеннях автосервісу з використанням прихованих та конспіративних методів встановив і запустив обладнання для незаконного виготовлення підакцизних товарів - лінії з виготовлення й упаковки цигарок, налагодив систему постачання сировини та, виконавши решту умов, які, на його думку,

були необхідними і достатніми для досягнення бажаного ним злочинного результату (підготував місця для зберігання виготовленої продукції та шляхи і засоби їх транспортування, охорону приміщень автосервісу, забезпечував продуктами харчування робітників), створив таким чином повний технологічний цикл виробництва тютюнових виробів, який забезпечував переробку сировини в продукцію, готову для реалізації кінцевому споживачеві.

Під час обшуку 10 серпня 2012 р. співробітники Служби безпеки України вилучили з виробничих приміщень автосервісу тютюнові вироби (50 тис. пачок цигарок торгової марки "Chesterfield RED", 280 пачок цигарок інших торгових марок).

Мають місце й інші випадки, коли у формулюванні обвинувачення, визнаного доведеним, суди не зазначають, за якими саме характеристиками те чи інше приміщення визнано підпільним цехом.

Так, Ч. вироком Київського районного суду м. Полтави від 20 грудня 2013 р. визнано винним та засуджено за ч. 2 ст. 204 КК за те, що він, не маючи відповідної ліцензії, на початку 2013 р. з метою незаконного виготовлення алкогольних напоїв у гаражному приміщенні відкрив підпільний цех, у якому змонтував спеціальне обладнання, а саме до 200 л пластикової бочки приєднав за допомогою шланга балон з вуглекислим газом для фільтрації води. За допомогою цього обладнання протягом 2013 р. незаконно виготовляв алкогольні напої шляхом розведення етилового спирту водою, які зберігав у гаражі, а в подальшому незаконно збував.

Іншим вироком Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської обл. від 1 листопада 2007 р. визнано винним Особу 1 у вчиненні злочинів, передбачених частинами 1, 2, 3 ст. 204 КК.

У справі встановлено, що Особа 1, не зареєстрований як суб'єкт підприємницької діяльності та не маючи відповідної ліцензії на виготовлення лікеро-горілчаних виробів і дозволу на отримання й використання марок акцизного збору, в приміщенні гаража відкрив підпільний цех, де протягом червня 2007 р. незаконно виготовляв, зберігав з метою збуту та збував незаконно виготовлені алкогольні напої із недоброякісної сировини, що становило загрозу для життя і здоров'я людей.

На нашу думку, у цих двох прикладах визнання гаража як підпільного цеху, облаштованого для незаконного виготовлення підакцизних товарів, є досить сумнівним, до того ж у своїх рішеннях суди не мотивували, за допомогою яких критеріїв (крім того, що це окреме приміщення) вони визнали його підпільним цехом.

Обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів, - це відповідні технічні пристосування (виготовлені кустарним чи промисловим способом апарати, пристрої, прилади, агрегати, спиртосховища та ін.), які використовуються на різних етапах технологічного процесу і забезпечують промислове виготовлення відповідної продукції у великих обсягах, товарних партіях. У ч. 2 ст. 204 КК йдеться про обладнання, таке саме або подібне тому, що використовується легально діючими у відповідній галузі промисловості суб'єктами господарювання під час здійснення господарської

діяльності з виробництва підакцизних товарів. Це можуть бути самостійно сконструйовані апарати або обладнання промислового походження, яке удосконалене чи просто пристосоване до потреб виробництва, запровадженого винною особою.

Вирішальним критерієм для кваліфікації незаконного виготовлення підакцизних товарів як злочину, передбаченого ч. 2 ст. 204 КК, є лише потенційна здатність обладнання забезпечити масове виробництво такої продукції.

Питання про те, чи є виробництво підакцизних товарів масовим, - поняття оціночне і має вирішуватися в кожному конкретному випадку з урахуванням виду виготовленої продукції, її кількості та вартості, розміру отриманого або очікуваного доходу, кількості працівників та ін.

Практика застосування судами ч. 2 ст. 204 КК свідчить про відсутність усталеного розуміння зазначеної вище ознаки даного злочину та чітких критеріїв її визначення.

Так, на нашу думку, прикладом правильного розуміння ознаки злочину за ч. 2 ст. 204 КК - незаконне виготовлення алкогольних напоїв з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів, є кримінальна справа щодо Г., засудженого вироком Краснолиманського міського суду Донецької обл. від 5 червня 2012 р. за ч. 3 ст. 27, ч. 2 ст. 204 КК.

Як встановив суд, Г., не маючи ліцензії на виготовлення алкогольних напоїв, за попередньою змовою групою осіб протягом березня - серпня 2010 р. з метою незаконного виготовлення цих товарів відкрив підпільний цех, у якому змонтував і запустив обладнання для масового виробництва алкогольних напоїв, яке містило: обладнання для наповнення пляшок рідиною, закоркування пляшок пробкою, обклеювання пляшок марками акцизного збору, етикетками і контретикетками, установку для запаювання поліетиленових ящиків з пляшками.

З метою створення повного технологічного циклу незаконного виробництва алкогольних напоїв Г. за грошову винагороду запросив на вказане виробництво 12 осіб, які не знали про злочинні наміри останнього, налагодив систему постачання сировини та матеріалів, необхідних для виготовлення таких товарів (етиловий спирт, скляні пляшки, етикетки, пробки, бочки, шланги, клей і подібне), підготував місця для зберігання виготовленої продукції, що в цілому забезпечувало переробку сировини в продукцію, готову для реалізації.

6 серпня 2010 р. під час обшуку в приміщенні було вилучено 10 тис. 60 закоркованих пляшок з етикеткою "Напій медовий "Графська класична медова", 15 ємностей місткістю 200 л кожна, наповнених етиловим спиртом, ємність зі спиртом етиловим 5 т, металеві ковпачки для закоркування готової продукції у кількості 7 тис. 103 штуки.

Разом з тим трапляються випадки, коли суди у своїх рішеннях не мотивували того, за допомогою яких критеріїв вони визнавали, що таке обладнання може забезпечити масове виробництво підакцизних товарів.

Так, вироком Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької обл. від 1 лютого 2012 р. Л. засуджено за ч. 1 та ч. 2 ст. 204 КК за те, що він у квітні 2011 р. в гаражному приміщенні шляхом змішування етилового спирту з водою у полімерній бочці ємністю 55 л незаконно виготовляв алкогольні напої, які за допомогою полімерного шланга та лійки переливав у скляні пляшки, закорковував їх металевими кришками, використовуючи для цього механічний прилад, наклеював на пляшки етикетки з надписом "Горілка Пшенична". Після цього складав пляшки до картонного коробу та обклеював їх полімерною стрічкою за допомогою електричного фена.

Зазначене обладнання суд визнав таким, що забезпечує масове виробництво алкогольних напоїв.

Інший приклад: *Л. засуджено вироком Стрийського районного суду Львівської обл. від 5 грудня 2012 р. за ч. 2 ст. 204 КК. Згідно з вироком суду Л. на початку січня 2012 р., не маючи передбаченого законом дозволу та ліцензії на право здійснення, виготовлення чи реалізації підакцизних товарів, незаконно придбав етиловий спирт з метою збуту та для виготовлення алкогольних напоїв, зберігав його з метою збуту, й у підсобному гаражному приміщенні шляхом розведення спирту з водою виготовляв саморобні фальсифіковані алкогольні напої, які в подальшому розливав у пляшки різних виробників горілчаної продукції, закорковував, наклеював підроблені марки акцизного збору, використовуючи як обладнання для масового виробництва алкогольних напоїв засоби вимірювання міцності алкогольного напою, розливу та закривання пляшок корками, створив технологічний цикл виготовлення алкогольних напоїв, які в подальшому реалізовував не встановленим слідством особам.*

Ухвалою апеляційного суду Львівської обл. від 19 лютого 2013 р. зазначений вирок щодо Л. в частині кваліфікації його дій за ч. 2 ст. 204 КК залишено без змін.

Отже, практика застосування судами ч. 2 ст. 204 КК свідчить про неоднакове розуміння ознаки, що розглядається. На нашу думку, використання лише пластикових бочок, відер, шлангів, лійок, пляшок, каструль, каністр та пристроїв для закупорювання пляшок навряд чи можна вважати обладнанням, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів, оскільки саме поняття "обладнання" містить сукупність певних пристроїв, механізмів, приладів, інструментів та ін.

Така ознака, як вчинення особою, яка раніше була засуджена за цією статтею, передбачена законодавцем лише щодо діяння, пов'язаного з ***незаконним виготовленням*** алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів, тому незаконне ***придбання, зберігання чи транспортування з метою збуту та збут*** незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів, вчинене особою, яка раніше була засуджена за будь-якою з частин ст. 204 КК, має кваліфікуватися за ч. 1 ст. 204 КК.

Наприклад, *апеляційний суд Дніпропетровської обл. залишив без змін вирок Марганецького міського суду від 19 жовтня 2005 р., яким Особу 1 визнано*

винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 204 КК, а саме в тому, що він як особа, яка раніше була засуджена за частинами 1, 2 ст. 204 КК, незаконно з метою збуту придбав, транспортував, зберігав і збув незаконно виготовлені алкогольні напої.

Ухвалою Верховного Суду України від 24 жовтня 2007 р. судові рішення щодо Особи 1 були змінені, а вчинені ним діяння перекваліфіковані із ч. 2 на ч. 1 ст. 204 КК.

Підставою для зміни рішень судів стало таке. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 2 ст. 204 КК, полягає у незаконному виготовленні алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів, і є самостійним складом злочину, виділеним в окрему кримінально-правову норму. При цьому незаконне виготовлення підакцизних товарів тягне відповідальність за ч. 2 ст. 204 КК лише за умови, що таке виготовлення здійснюється шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво зазначених товарів, або особою, яка раніше була засуджена за ст. 204 КК. Як убачається з матеріалів справи, Особа 1 учинив неправомірні дії, які полягали у незаконному придбанні, транспортуванні, зберіганні з метою збуту та збуті незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тобто дії, передбачені ч. 1 ст. 204 КК, а тому вони не можуть кваліфікуватись за ч. 2 ст. 204 КК.

Водночас аналіз судової практики розгляду справ зазначеної категорії свідчить про те, що деякі суди під час кваліфікації дій осіб, раніше засуджених за цією статтею, припускаються помилок.

Так, вироком Артемівського міськрайонного суду Донецької обл. від 12 червня 2013 р. З. засуджено за ч. 2 ст. 204 КК за те, що вона, маючи раніше судимість за ч. 1 ст. 204 КК, протягом січня - квітня 2013 р. незаконно з метою збуту придбала незаконно виготовлені алкогольні напої, транспортувала їх до місця свого проживання, де незаконно зберігала, а в подальшому збула.

Аналогічний приклад: *П. вироком Луцького міськрайонного суду Волинської обл. від 6 серпня 2012 р. засуджено за ч. 2 ст. 204 КК. Як встановив суд, П. як особа, яка раніше була засуджена за ч. 1 ст. 204 КК, незаконно придбав з метою збуту незаконно виготовлені алкогольні напої, зберігав їх з цією ж метою, а потім незаконно збув.*

Незаконне виготовлення підакцизних товарів особою, раніше судимою за ст. 204 КК, якщо воно містить ознаки двох інших форм вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 204 КК (шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів), сукупності злочинів не утворює і кваліфікується за ч. 2 ст. 204 КК як один злочин, але у формулюванні обвинувачення повинні бути зазначені усі форми вчинення цього злочину.

У ч. 3 ст. 204 КК сформульовано ще один склад злочину - незаконне виготовлення підакцизних товарів з недоброякісної сировини (матеріалів), що становлять загрозу для життя і здоров'я людей, а також незаконний

збут таких товарів, що призвело до отруєння людей чи інших тяжких наслідків.

Недоброякісними стосовно відповідальності за ч. 3 ст. 204 КК визнаються сировина і матеріали, які не відповідають встановленим стандартам, нормам, правилам і технічним умовам.

Сировина - це предмети праці та природні компоненти, які підлягають подальшій переробці. Наприклад, для виготовлення фальсифікованої лікеро-горілчаної продукції можуть використовуватись вода із систем опалення будинків, інші компоненти (зокрема відходи гідролізного та целюлозно-паперового виробництва), небезпечні для життя і здоров'я людини.

Створення загрози для життя і здоров'я людей означає, що внаслідок використання в процесі виготовлення підакцизних товарів недоброякісної сировини чи матеріалів виникає загроза серйозного розладу здоров'я хоча б однієї людини у разі споживання або іншого використання зазначеної продукції. Така загроза має бути реальною, а негативні наслідки не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам (наприклад, правоохоронцям вдалося запобігти реалізації партії недоброякісної продукції) або в силу інших обставин, які не залежать від волі винної особи.

Отруєнням людей слід розуміти випадки, пов'язані із заподіянням смерті або значної шкоди здоров'ю людей внаслідок вживання підакцизних товарів, виготовлених з недоброякісної сировини (матеріалів).

Іншими тяжкими наслідками потрібно визнавати, зокрема, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній або кільком особам, масове захворювання людей, заподіяння майнової шкоди у великих або особливо великих розмірах (наприклад, внаслідок знищення автомобіля чи загибелі великої кількості тварин), отруєння флори, фауни, повітря, ґрунту.

Для визнання вилученої сировини і матеріалів недоброякісними стосовно відповідальності за ч. 3 ст. 204 КК органами досудового розслідування у справах зазначеної категорії зазвичай призначається відповідна експертиза.

Проте інколи суди при ухваленні судового рішення щодо винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 204 КК, свої висновки підтверджують доказами, які не містять даних про виготовлення алкогольних напоїв з недоброякісної сировини, а обвинувачення ґрунтується лише на припущеннях.

Так, вироком Лохвицького районного суду Полтавської обл. від 31 жовтня 2012 р. Б. було засуджено за те, що протягом червня 2012 р. незаконно виготовляв з недоброякісної сировини та збував алкогольні напої, які належать до підакцизних товарів, що становить загрозу для життя і здоров'я людей.

Ухвалою апеляційного суду Полтавської обл. від 18 грудня 2012 р. цей вирок скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд, оскільки матеріали справи не містять даних про виготовлення засудженим алкогольних напоїв з недоброякісної сировини, яка становить загрозу для життя і здоров'я людей. Відповідна судова експертиза з цього приводу під час як досудового, так і судового слідства не проводилася.

Допускаються й інші помилки.

Так, вироком Жовтневого районного суду м. Запоріжжя від 25 вересня 2012 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Запорізької обл. від 28 листопада 2012 р., Ч. засуджено за ч. 3 ст. 204 КК. Як встановив суд, Ч., не зареєстрована як суб'єкт господарювання та не маючи відповідної ліцензії, протягом травня - червня 2012 р. за місцем проживання незаконно виготовляла алкогольні напої з недоброякісної сировини, що становить загрозу для життя і здоров'я людей.

При цьому у вироку немає жодних доказів на підтвердження встановлених судом обставин, які б свідчили, що Ч. виготовляла з недоброякісної сировини алкогольні напої, що становили загрозу для життя і здоров'я людей. Справу розглянуто в порядку, передбаченому ст. 299 КПК 1960 р.

Інший приклад. *Вироком Ленінського районного суду м. Севастополя від 28 жовтня 2012 р. С. визнано винною у вчиненні злочинів, передбачених частинами 1, 3 ст. 204, ч. 1 ст. 216 КК, та засуджено за те, що вона на порушення вимог чинного законодавства незаконно придбала з метою збуту недоброякісну (фальсифіковану) горілку у кількості 1 тис. 705 пляшок, зберігала її у гаражі та, наклеївши придбані підроблені марки акцизного збору, збувала через торговельний павільйон. Внаслідок вживання такої недоброякісної горілки Г. та К. отруїлися.*

Ухвалою апеляційного суду м. Севастополя від 25 грудня 2012 р. зазначений вирок було скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд.

Підставою для скасування вироку стало те, що у висновку судово-токсикологічної експертизи засвідчена лише небезпечність для життя і здоров'я людей наданої на аналіз продукції. Даних, перевірених шляхом експертних досліджень, які б напевне підтверджували, що Г. та К. отруїлися саме алкогольними напоями, вилученими у С., в матеріалах справи немає.

Судам слід звернути увагу на те, що кримінальну відповідальність за ч. 3 ст. 204 КК тягне незаконне виготовлення лише тих підакцизних товарів, які потенційно становлять загрозу для життя і здоров'я хоча б однієї людини, оскільки в процесі виготовлення використовується недоброякісна сировина чи матеріали. Фактичного завдання такої шкоди для встановлення складу цього злочину не вимагається.

Наприклад, *вироком Жовтневого суду м. Маріуполя від 1 листопада 2012 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Донецької обл., засуджено Особу 1 за ч. 3 ст. 204 КК. Як встановив суд, Особа 1 протягом березня - липня 2012 р. на порушення встановленого законом порядку незаконно виготовляла з недоброякісної сировини алкогольні напої, які є підакцизними товарами, що становили загрозу для життя і здоров'я людей. Цих висновків суд дійшов на підставі сукупності зібраних у справі доказів, зокрема висновків судово-криміналістичної та судово-медичної експертиз, згідно з якими алкогольні напої були виготовлені з недоброякісної сировини та становили загрозу для життя і здоров'я людей.*

Мотивуючи правильність кваліфікації злочинних дій Особи 1, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ за результатами розгляду цієї справи в касаційному порядку у судовому рішенні

від 12 вересня 2013 р. констатував, що настання кримінальної відповідальності за незаконне виготовлення товарів, зазначених у частинах 1 або 2 ст. 204 КК, з недоброякісної сировини (матеріалів), що становить загрозу для життя і здоров'я людей, обумовлюється реальною загрозою для життя і здоров'я людей, тобто наявністю стану, коли шкідливі наслідки для здоров'я чи життя людини не настали, але могли настати у випадку вживання таких напоїв.

Із проаналізованих кримінальних справ зазначеної категорії вбачається, що вони, як правило, розглядалися в порядку, передбаченому ст. 299 КПК 1960 р., без безпосереднього дослідження в судовому засіданні усіх обставин справи.

У провадженні судів першої інстанції кримінальних справ у 2012 - 2013 роках за ст. 204 КК, де б предметом злочину було вино домашнього виготовлення, зокрема виноградне, плодово-ягідне, наливки, настоянки та інші напої, які виробляються шляхом природного бродіння, не перебувало, у зв'язку з чим неможливо висвітлити труднощі, що виникають при кваліфікації справ із таким предметом злочину.

Щодо розрізнення злочинів, передбачених певними частинами ст. 204 КК, від злочинів із суміжними складами та діянь, що не тягнуть кримінальної відповідальності, слід виокремити таке.

Предмет як обов'язкова ознака посідає важливе місце серед ознак будь-якого складу злочину, передбаченого ст. 204 КК. Він має значення і як ознака, що дозволяє встановити родову та видову належність цих злочинів, зі встановлення якої більш доцільно починати кваліфікацію того чи іншого діяння, і як ознака, за якою може та повинне здійснюватися розрізнення цих злочинів від злочинів із суміжними складами. У літературі справедливо зазначається, що не будь-яка ознака складу злочину має розмежувальне значення. Але, на нашу думку, у даному випадку розмежувальне значення предмета злочину не може викликати жодних сумнівів, оскільки ця ознака дозволяє без особливих зусиль відрізнити злочини, передбачені ст. 204 КК, від злочинів із суміжними складами та діянь, що не тягнуть кримінальної відповідальності.

Слід зауважити, що спиртні напої домашнього виготовлення як такі, що не є підакцизними товарами, предметом розгляду даного злочину не повинні визнаватися. Вони виготовляються специфічними способами, які передбачають використання різноманітних рецептур, дотримання домашніх нетрадиційних технологій та характеризуються недотриманням встановлених державних стандартів і нормативів. Підакцизними предметами визнаються не будь-які спиртні напої, а лише ті вироби, яким присвоєно певний код згідно з ГСОКТ. Самогон та інші міцні спиртні напої домашнього виготовлення у законодавчому акті про оподаткування алкогольних напоїв акцизним збором не фігурують і в принципі не можуть і не повинні згадуватись, щодо них не встановлені ставки акцизного збору у гривнях з одиниці товару. Акцизним збором як загальнодержавним непрямим податком обкладаються предмети, які можуть виготовлятись, бути об'єктом правочинів і знаходитись у власності суб'єктів лише на легальних підставах та у передбаченому законодавством

порядку. Виготовлення або зберігання самогону чи інших міцних спиртних напоїв домашнього виготовлення без мети збуту розглядається як адміністративне правопорушення (ст. 176 Кодексу України про адміністративні правопорушення; далі - КпАП).

Нормативного визначення поняття спиртних напоїв домашнього виготовлення не існує, але вони, безперечно, охоплюються поняттям "алкогольні напої" у його родовому значенні. Однак той факт, що ст. 204 КК передбачає кримінальну відповідальність за незаконне виготовлення або інші неправомірні операції з незаконно виготовленими алкогольними напоями, тютюновими виробами або іншими підакцизними товарами означає, що предметом цих злочинів можуть бути не будь-які алкогольні напої, а виключно ті, що відповідно до законодавства України є підакцизними товарами.

Таким чином, є усі підстави стверджувати, що спиртні напої домашнього виготовлення не є предметом злочинів, передбачених ст. 204 КК, оскільки такі вироби не відповідають жодній із зазначених вище ознак предмета цих злочинів.

Частиною 3 ст. 204 КК не охоплюється незаконне виготовлення підакцизних товарів, які становлять загрозу для життя і здоров'я людей, якщо у процесі їх виготовлення використовуються доброякісні, проте неналежні (стосовно технології) матеріали та сировина. Виготовлення із доброякісної сировини (матеріалів) недоброякісних (фальсифікованих) товарів та їх реалізація, у тому числі випуск на товарний ринок, має кваліфікуватись за ст. 227 КК за умови, якщо їх реалізація вчинена у великих обсягах. Якщо ж вживання таких товарів (продукції) спричинило шкоду здоров'ю споживачів або їх смерть, дії винних осіб повинні додатково кваліфікуватись як умисний чи необережний злочин проти життя чи здоров'я людини.

Транспортування незаконно виготовлених підакцизних товарів може бути пов'язане з їх переміщенням через державний та митний кордони України. У такому випадку необхідно розглядати діяння як сукупність злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 204 і ст. 201 КК, тобто як контрабанду.

У разі коли у вчиненому немає ознак того чи іншого складу злочину, особа, яка займається незаконним виготовленням підакцизної продукції, повинна притягуватись до адміністративної відповідальності (наприклад, за ст. 164 "Порушення порядку провадження господарської діяльності" або ст. 177^2 "Виготовлення, придбання, зберігання або реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв або тютюнових виробів" КпАП).

Окремо слід зазначити, що ч. 1 ст. 204 КК не закріплює мінімальної вартості та/або кількості незаконно виготовлених підакцизних товарів, дії з якими тягнуть кримінальну відповідальність. З урахуванням обставин справи (незначний обсяг придбаної або збутої алкогольної продукції, відсутність використання чужого товарного знака, скрутне матеріальне становище винного і под.) дії із вказаними предметами можуть розглядатись як малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК).

Із ч. 2 ст. 11 КК випливає, що такою, яка не тягне кримінальної відповідальності, є дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки

будь-якого діяння, передбаченого КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Отже, у вирішенні питання про ступінь суспільної небезпеки незаконного обігу підакцизних товарів слід виходити саме з інституту малозначності діяння.

* * *

Підсумовуючи викладене, слід зробити висновок, що норми закону про кримінальну відповідальність стосовно незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (ст. 204 КК) потребують вдосконалення:

- як засвідчила судова практика, в більшості випадків незаконно виготовлені алкогольні напої, які визнавалися предметом передбачених ст. 204 КК суспільно небезпечних протиправних діянь, не є підакцизними, оскільки не відповідають усім законодавчо визначеним ознакам підакцизних товарів;

- використання у кримінальному законі понять "підакцизні товари" та "незаконно виготовлені підакцизні товари" є небажаним у зв'язку з їх бланкетним характером та через те, що перелік підакцизних товарів постійно змінюється - зменшується або збільшується, тому пропонується визначити предмет суспільно небезпечних протиправних діянь, передбачених ст. 204 КК, шляхом безпосередньої вказівки на певні види товарів (продукції);

- цей кримінальний закон також потребує удосконалення шляхом безпосередньої вказівки у диспозиції ч. 1 ст. 204 на завідомість для винної особи факту незаконного виготовлення підакцизних товарів, з якими вона вчиняє заборонені дії;

- відсутність у законі чітких критеріїв визначення таких понять, як "відкриття підпільних цехів", "використання обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів", призводить до неправильної кваліфікації злочинних дій;

- відсутність визначення мінімальної кількості та/або вартості незаконно виготовлених алкогольних напоїв, тютюнових виробів та інших підакцизних товарів, при досягненні яких незаконні дії щодо них могли тягти кримінальну відповідальність, ***ускладнює однакове застосування кримінального закону;***

- у санкції ст. 204 КК конфіскація незаконно виготовленої продукції та обладнання для її виготовлення не є видом кримінального покарання, а має суто кримінально-процесуальний характер, зважаючи на це, її доцільно виключити.

У ході аналізу виявлено також помилки судів, які виникають під час розгляду справ цієї категорії. Зокрема, непоодинокими є випадки, коли ознака незаконності виготовленої підакцизної продукції не отримує належної кримінально-правової оцінки, хоча вона є обов'язковою для суб'єктивної сторони складу злочину; часто у формулюванні обвинувачення не зазначається мета вчинених дій, передбачених ч. 1 ст. 204 КК, тобто збут; деякі суди допускають помилки при застосуванні такої ознаки, як незаконне виготовлення алкогольних напоїв, тютюнових виробів або інших підакцизних товарів, вчинене особою, яка раніше була засуджена за цією статтею; по-різному суди

оцінюють дії винних осіб, що вчинили злочин, передбачений ч. 3 ст. 204 КК, коли йдеться про встановлення факту створення "загрози для життя і здоров'я людей", що також зумовлює неправильну кваліфікацію вчиненого.

Слід зауважити, що усунення зазначених в аналізі недоліків сприятиме правильному та однаковому застосуванню закону при розгляді справ даної категорії.

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2016 року у справі № 5-205кс16

(*рішення про правильний висновок суду щодо визнання осіб, діяльність яких пов'язана з наданням можливості доступу до азартних ігор, суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 203^2 КК*)

Діяльність операторів грального закладу щодо забезпечення обмеженого доступу громадян до його приміщення, розміну гравцям грошей, надання допомоги у прийнятті ставок, а також видачі грошових виграшів переможцям азартних ігор слід розцінювати як пов'язану із наданням можливості доступу до азартних ігор, а їх виконавців – визнавати суб'єктами злочину, передбаченого частиною першою 203^2 КК, як і осіб, які здійснювали функцію керування такими діями операторів.

(Витяг)

Вироком Новгород-Сіверського районного суду Чернігівської області від 12 лютого 2015 року засуджено:

ОСОБА_4,

ІНФОРМАЦІЯ_1, судимості не має,

ОСОБА_3,

ІНФОРМАЦІЯ_2, судимості не має,

кожну за частиною першою статті 203^2 Кримінального кодексу України (далі – КК) до штрафу у розмірі 170 000 грн з конфіскацією грального обладнання;

ОСОБА_2,

ІНФОРМАЦІЯ_3, судимості не має,

за частиною третьою статті 27, частиною першою статті 203^2 КК до штрафу у розмірі 187 000 грн з конфіскацією грального обладнання.

Цим самим вироком засуджено також ОСОБА_5 за частиною першою статті 203^2 КК, судові рішення щодо якої не оскаржуються.

Ухвалою Апеляційного суду Чернігівської області від 3 червня 2015 року вирок щодо всіх засуджених змінено в частині визначення долі речових доказів та виключено визнання ряду доказів недопустимими.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 лютого 2016 року вищевказані судові рішення залишено без зміни.

ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 визнано винуватими у тому, що вони у співучасті з ОСОБА_5 та особою, матеріали щодо якої виділено в окреме провадження, на порушення вимог Закону України від 15 травня 2009 року № 1334-VI «Про заборону грального бізнесу в Україні» (далі – Закон № 1334-VI), достовірно знаючи про заборону зайняття гральним бізнесом в Україні, маючи корисливі мотиви, з метою отримання незаконного прибутку, займалися вказаним видом діяльності.

Так, особа, матеріали щодо якої виділено в окреме провадження, організувала проведення азартних ігор на гральних автоматах, для чого 1 листопада 2013 року орендувала нежиле приміщення на вулиці ІНФОРМАЦІЯ_4, облаштувала його дванадцятьма гральними автоматами, обладнанням для повного функціонування закладу (меблями, камерами відеоспостереження, службовим мобільним телефоном), в якому у період з 4 грудня 2013 року по 6 лютого 2014 року ОСОБА_2 у співучасті з операторами грального закладу ОСОБА_4, ОСОБА_5 та ОСОБА_3 з корисливих мотивів, з метою отримання незаконного прибутку виконувала організаційні функції, пов'язані з наданням можливості доступу до азартних ігор на гральних автоматах, зокрема за допомогою спеціальних ключів щоденно знімала статистичні показники з гральних автоматів, забезпечувала облік доходів та видатків від протиправної діяльності, у вигляді заробітної плати розподіляла отримані прибутки між співучасниками, координувала їхні дії під час незаконної діяльності грального закладу та після його викриття працівниками правоохоронних органів, чим забезпечувала умови для зайняття гральним бізнесом та надання доступу до азартних ігор.

Крім того, в організованому гральному закладі ОСОБА_4 у період з початку грудня 2013 року по 5 лютого 2014 року, ОСОБА_5 у період з початку грудня 2013 року по 6 лютого 2014 року та ОСОБА_3 у період з 6 січня 2014 року по 6 лютого 2014 року у співучасті з ОСОБА_2, умисно, з корисливих мотивів, з метою отримання незаконного прибутку, будучи співвиконавцями злочину, виконували роль операторів гральних автоматів, працювали відповідно до встановленого графіка виходу на роботу, для належного функціонування грального закладу обмежували доступ громадян до його приміщення та гральних автоматів, розмінювали гравцям гроші, надавали допомогу у прийнятті ставок, а також здійснювали видачу грошових виграшів переможцям азартних ігор, забезпечуючи діяльність з надання можливості доступу до азартних ігор на гральних автоматах. За свою діяльність вони отримували прибуток у виді заробітної плати у розмірі 120 грн за кожну відпрацьовану зміну.

До Верховного Суду України із заявою про перегляд в порядку глави 33 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) зазначених судових рішень звернувся захисник засуджених ОСОБА_2, ОСОБА_3 та ОСОБА_4, у якій порушує питання про перегляд судових рішень щодо них на

підставі пункту 1 статті 445 КПК з огляду на неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої частиною першою статті 203^2 КК, щодо визначення суб'єкта відповідальності за даний злочин, яким, на думку захисника, може бути лише особа, яка організувала та проводить гральний бізнес, тоді як оператори-касири, як наймані працівники, не ведуть діяльність, пов'язану з організацією азартних ігор, та не отримують від неї прибутку, а лише виконують доручені та визначені їм іншою особою обов'язки.

На підтвердження доводів заяви захисник долучив копії судових рішень.

Зокрема, ухвалами Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 вересня 2014 року щодо ОСОБА_1 та від 11 листопада 2014 року щодо ОСОБА_6 констатовано законність та обґрунтованість виправдувальних вироків, постановлених у зв'язку із відсутністю в діях зазначених осіб складу злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, вчинення якого їм інкримінувалося у співучасті з іншими особами з посиланнями на частину другу статті 28 КК (ухвала від 11 листопада 2014 року) та додатково ще на частину другу статті 27 КК (ухвала від 23 вересня 2014 року). У вказаних кримінальних провадженнях судом касаційної інстанції визнано, що у розумінні статті 1 Закону № 1334-VI суб'єктом зайняття гральним бізнесом може бути лише особа, яка організувала та проводить гральний бізнес, натомість особи, яких організатор грального бізнесу найняв для виконання певних робіт та надання послуг для учасників азартних ігор, не можуть нести відповідальність за статтею 203^2 КК.

Як на приклад неоднакового застосування касаційним судом зазначеної норми права захисник посилається й на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня та 25 листопада 2014 року, якими скасовано рішення апеляційних судів і призначено новий розгляд в суді апеляційної інстанції у зв'язку із істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону. Крім того, захисник долучив ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2015 року, якою з аналогічних підстав скасовано рішення судів апеляційної і першої інстанцій та призначено новий розгляд у суді першої інстанції.

У заяві захисник просить рішення судів усіх інстанцій щодо ОСОБА_2, ОСОБА_3 та ОСОБА_4 скасувати, а справу закрити у зв'язку із відсутністю в діянні засуджених складу інкримінованого їм кримінального правопорушення.

Заслухавши суддю-доповідача, захисника, який підтримав свою заяву, прокурора, який заперечував проти її задоволення, вважаючи, що касири-оператори є суб'єктами злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, перевіривши матеріали кримінального провадження та матеріали, додані до заяви, обговоривши зазначені в ній доводи, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) дійшла висновку про таке.

1. Справа про перегляд судових рішень щодо засуджених ОСОБА_2, ОСОБА_3 та ОСОБА_4 допущена до провадження Суду за заявою захисника Акуленка В.М. на підставі пункту 1 статті 445 КПК.

2. У заяві захисник вказує, що касаційний суд, погодившись із визнанням ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 суб'єктами злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, допустив неоднакове застосування зазначеної норми закону про кримінальну відповідальність. Судовими рішеннями, які демонструють це, на думку захисника, є долучені до заяви копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Проте, як неодноразово звертав увагу Суд у своїх рішеннях, факт неоднакового застосування норм права судом касаційної інстанції повинен мати певний зовнішній прояв і знаходити відображення в процесуальному рішенні або ж презюмуватись як такий.

Натомість в ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня, 25 листопада 2014 року та 11 червня 2015 року відсутній висновок про застосування норми матеріального права, оскільки за їх змістом судові рішення скасовано у зв'язку з істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону та призначено новий розгляд в судах першої чи апеляційної інстанцій. З огляду на це зазначені судові рішення касаційної інстанції не можуть бути належними прикладами для розгляду заяви за пунктом 1 статті 445 КПК.

Щодо решти судових рішень, а саме ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 вересня 2014 року щодо ОСОБА_1 та від 11 листопада 2014 року щодо ОСОБА_6, їх слід визнати порівнюваними, оскільки в них констатовано законність та обґрунтованість виправдувальних вироків, постановлених у зв'язку із відсутністю в діях зазначених осіб ознак складу злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, з огляду на те, що вони не є його суб'єктами.

3. Порівняння суспільно небезпечних діянь оспорюваного та порівнюваних рішень суду касаційної інстанції свідчить про їх певну подібність за окремими спільними рисами, а саме: за об'єктом посягання – порядок суспільних відносин у сфері зайняття господарською діяльністю в частині законодавчої заборони на здійснення грального бізнесу; об'єктивною стороною – організація грального бізнесу і надання доступу до азартних ігор; суб'єктом – оператори грального закладу. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспорюваному рішенні – оператори грального закладу та особа, яка керувала ними, визнані суб'єктами злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, в порівнюваних – що вони такими не є.

4. Далі Суду належить проаналізувати, чи відповідають змісту кримінального закону висновки суду касаційної інстанції у даному кримінальному провадженні про те, що наймані працівники – оператори грального закладу, є суб'єктами відповідальності за вчинення злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК.

Вирішуючи це питання, Суд дослідив зміст статті, на яку посилається заявник.

Частина перша статті 203^2 КК:

«Зайняття гральним бізнесом -

карається штрафом від десяти тисяч до сорока тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією грального обладнання».

Диспозиція вказаної норми має бланкетний характер, що передбачає для встановлення елементів складу даного злочину звернення до Закону № 1334-VI.

Оскільки встановлено, що інкримінований засудженим злочин тривав у період з 4 грудня 2013 року по 6 лютого 2014 року, а попередня його організація відбулася 1 листопада 2013 року, на момент вчинення злочину чинною була редакція цього Закону від 19 травня 2011 року, а саме:

Пункт 1 статті 1 Закону № 1334-VI:

«Гральний бізнес – діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера».

Пункти 3, 4 статті 1 Закону № 1334-VI:

«Організатори азартних ігор – фізичні та юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, що здійснюють діяльність з організації і проведення азартних ігор з метою отримання прибутку»;

«Організація і проведення азартних ігор – діяльність організаторів азартних ігор, що здійснюється з метою створення умов для здійснення азартних ігор та видачі виграшів (призів) учасникам азартних ігор».

При цьому слід зазначити, що у першій редакції закону гральний бізнес передбачав лише діяльність з організації та проведення азартних ігор у казино, на гральних автоматах, у букмекерських конторах та в електронному (віртуальному) казино, що здійснюють організатори азартних ігор з метою отримання прибутку.

Після набрання чинності вказаним Законом законодавче визначення грального бізнесу розширено за рахунок додавання діяльності, пов’язаної з наданням можливості доступу до азартних ігор.

5. Наведений законодавчий огляд обумовлює аналіз об’єктивної сторони даного складу злочину, оскільки після вже згаданих змін до Закону № 1334-VI була розширена саме об’єктивна сторона злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК, а відтак і коло суб’єктів, які можуть його вчинити.

Об’єктивна сторона складу злочину – це зовнішній прояв злочинного посягання, що включає суспільно небезпечне і протиправне діяння, вчинене у певний час, визначеним способом, із застосуванням конкретних засобів, з настанням суспільно небезпечних наслідків. Особливе значення об’єктивної сторони складу злочину в теорії та судовій практиці обумовлене тим, що вона структурно входить в основу кримінальної відповідальності, визначає її межі, є умовою правильної кваліфікації та розмежування суміжних складів злочинів, а також елементи об’єктивної сторони складу злочину конструюють диспозицію кримінально-правової норми.

Зважаючи на це та на зміст Закону № 1334-VI, диспозиція норми, передбаченої частиною першою статті 203^2 КК, містить три види діяльності як елемента об’єктивної сторони – зайняття гральним бізнесом:

1) діяльність, пов'язана з організацією грального бізнесу;

2) діяльність, пов'язана з проведенням грального бізнесу;

3) діяльність, пов'язана з наданням можливості доступу до азартних ігор.

При цьому чинне законодавство містить нормативне визначення лише організації і проведення азартних ігор і не регламентує поняття діяльності з надання можливості доступу до азартних ігор, під яким слід розуміти будь-які дії, спрямовані на надання фізичної можливості взяти участь у азартних іграх, обміну грошових одиниць на гральні жетони, забезпечення виплати виграшів учасникам таких ігор тощо.

6. Вирішуючи питання про правильність кримінально-правової оцінки касаційною інстанцією діяння, вчиненого ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 а відтак – однаковість чи неоднаковість застосування норми закону про кримінальну відповідальність, Суд виходить з установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили.

Згідно із обвинуваченням, визнаним у вироку доведеним, ОСОБА_2 виконувала організаційні функції, пов’язані з наданням можливості доступу до азартних ігор на гральних автоматах, зокрема за допомогою спеціальних ключів щоденно знімала статистичні показники з гральних автоматів, забезпечувала облік доходів та видатків від протиправної діяльності, у вигляді заробітної плати розподіляла отримані прибутки між операторами гральних автоматів, координувала їхні дії під час незаконної діяльності грального закладу, чим забезпечувала умови для зайняття гральним бізнесом та надання доступу до азартних ігор.

У свою чергу ОСОБА_4 та ОСОБА_3, будучи співвиконавцями злочину, виконували роль операторів гральних автоматів, працювали відповідно до встановленого графіка виходу на роботу, для належного функціонування грального закладу обмежували доступ громадян до його приміщення та гральних автоматів, розмінювали гравцям гроші, надавали допомогу у прийнятті ставок, а також здійснювали видачу грошових виграшів переможцям, забезпечуючи діяльність з надання можливості доступу до азартних ігор на гральних автоматах, за що вони отримували прибуток у виді заробітної плати у розмірі 120 грн за кожну відпрацьовану зміну.

Наведене свідчить, що вчинені засудженими дії відповідають ознакам діяльності, пов'язаної з наданням ОСОБА_4 та ОСОБА_3 можливості доступу до азартних ігор, а ОСОБА_2 – з організацією їх дій.

7. Стосовно розглядуваної справи вагомим для встановлення однаковості застосування норми, передбаченої частиною першою статті 203^2 КК, є також розгляд суб’єктивної сторони цього злочину.

Вирішуючи вказане питання, Суд зважає на таке.

Суб’єктивна сторона злочину відображає процеси, які відбуваються в свідомості особи у зв’язку з вчиненням нею злочину і свідчать про спрямування її волі та про її ставлення до суспільно небезпечного діяння і його наслідків.

Щодо даного злочину це, насамперед, стосується усвідомлення особою її участі у зайнятті забороненим видом господарської діяльності та наявності корисливого мотиву. А отже, у тих випадках, коли особа, не будучи

організатором забороненого грального бізнесу, усвідомлено, маючи на меті отримання прибутку, бере участь у забезпеченні його (хоча б і частковому) діяльності, здійснюючи функції адміністратора, оператора, менеджера, круп'є, касира тощо, то діяння такої особи містять склад злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК.

Із судових рішень убачається, що засуджені повною мірою розуміли протиправний характер виконуваних ними дій, отримували за це певний прибуток, а отже, діяли з корисливих мотивів.

8. Все вищевикладене свідчить, що діяльність операторів грального закладу щодо забезпечення обмеженого доступу громадян до його приміщення, розміну гравцям грошей, надання допомоги у прийнятті ставок, а також видачі грошових виграшів переможцям азартних ігор слід розцінювати як пов'язану із наданням можливості доступу до азартних ігор, а їх виконавців – визнавати суб'єктами злочину, передбаченого частиною першою 203^2 КК, як і осіб, які здійснювали функцію керування такими діями операторів. Отже, в оспореному рішенні зазначені норми закону застосовані правильно.

9. У порівнюваних рішеннях суд касаційної інстанції дійшов протилежного висновку щодо суб'єкта злочину, передбаченого частиною першою статті 203^2 КК. Проте з'ясування причин та умов такого застосування норм закону відповідно до пункту 1 статті 445 і частини другої статті 455 КПК не стосуються предмета перегляду, у зв'язку з чим Суд позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. Окрім того, така правова оцінка, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви захисника Акуленка В.М.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 року у справі № 5-15к13

(*рішення про неправильне визначення судом предмета злочину, передбаченого ст. 204 КК)*

Відповідальність за дії, передбачені статтею 204 КК, настає у тому разі, коли винна особа вчиняє певні дії щодо одного з видів продукції, яка за своїми товарними характеристиками підпадає під законодавче визначення поняття «підакцизний товар». Якщо ж продукт (товар) за якимись

ознаками подібний до підакцизних товарів, але не містить усіх ознак цього товару, то такий продукт не може визнаватись предметом злочину, передбаченого статтею 204 КК.

(Витяг)

Вироком Судацького міського суду Автономної Республіки Крим від 17 травня 2012 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_2, засуджено за частиною 1 статті 204 Кримінального кодексу України (далі - КК) до штрафу в розмірі 8500 грн у дохід держави з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання для її виготовлення.

ОСОБА_2 визнано винним у тому, що він як фізична особа, без ліцензії на придбання, зберігання та збут алкогольних напоїв, які є підакцизним товаром, у період із вересня по жовтень 2010 року за місцем свого проживання незаконно виготовив із метою збуту, розлив у пластикові пляшки ємністю 5 та 6 л. алкогольний напої – вино під маркою «Бастардо біле», «Бастардо напівсолодке», «Мускат білий» та 24 серпня 2011 року незаконно збув 23 літри цього напою на загальну суму 775 гривень.

Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 24 липня 2012 року вирок залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 27 грудня 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_2 залишила без змін.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України засуджений ОСОБА_2 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 грудня 2012 року і направити справу на новий касаційний розгляд. Стверджує, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї і тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень. Вважає, що касаційний суд припустився помилки у застосуванні статті 204 КК, яка полягає у тому, що суд розцінив його дії як незаконне зберігання з метою збуту, збут та транспортування з цією метою незаконно виготовлених алкогольних напоїв, які є підакцизним товаром, тоді як ці діяння слід було б кваліфікувати за статтею 203 КК. При цьому ОСОБА_2 посилається на роз'яснення постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 від 25 квітня 2003 року «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» про те, що виготовлення, придбання, зберігання, транспортування з метою збуту і збут самогону та інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення потрібно кваліфікувати як злочин, передбачений статтею 203 КК.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні ОСОБА_2 послався на правові висновки ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 травня 2009 року щодо ОСОБИ 1. У цій справі, діяння ОСОБИ 1, так само як і у справі щодо ОСОБА_2, полягали у

незаконному поводженні з підакцизними товарами, однак суди як першої так і апеляційної інстанцій кваліфікували дії винного за частиною першою статті 203 КК. Верховний Суд України зазначені судові рішення щодо ОСОБИ 1 змінив, в частині засудження за частиною першою статті 203 КК скасував їх на підставі частини другої статті 11 КК через малозначність, а справу провадженням закрив.

Для порівняння неоднакового застосування норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, ОСОБА_2 надав копії ухвал колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 грудня 2007 року, 15 січня 2008 року, 24 лютого 2009 року, якими судові рішення щодо ОСОБИ 1, дії кожного із яких були кваліфіковані за частиною першою статті 203 КК за незаконні дії з самогоном, скасовані через малозначність, а справи закриті.

Крім цього, ОСОБА_2 посилається на ухвали Верховного Суду України від 24 жовтня 2007 року і 23 грудня 2010 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 січня 2012 року у яких касаційний суд погодився з кваліфікацією за частиною 1 статті 204 КК незаконних дій з підакцизними товарами.

Як приклад неоднакового застосування автор заяви послався на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 вересня 2010 року, у якій рішення про кваліфікацію діяння за статтею 204 КК скасовано з підстав неправильного застосування кримінального закону.

До переліку прикладів на підтвердження неправильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність норми закону в оспореному рішенні автор заяви додав і ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 квітня 2010 року, в якій суд визнав правильною кваліфікацію за частиною 1 статті 203 КК дій із виготовлення, зберігання та збуту самогону.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який просив відмовити в задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю неоднаковості у правозастосуванні, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, зазначені у заяві, і дійшла висновку, що заява підлягає частковому задоволенню.

Згідно зі статтею 400^{11} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК) Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року однією з підстав для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм

кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Перегляд судових рішень із зазначеної підстави передбачає перевірку висновку застосування норми матеріального права судом касаційної інстанції у порівнянні з висновком, якого суд касаційної інстанції дійшов у порівнюваному рішенні.

Згідно з ухвалою Верховного Суду України від 5 травня 2009 року наданою для порівняння, касаційний суд на підставі частини другої статті 11 КК скасував рішення судів першої та апеляційної інстанцій в частині засудження ОСОБИ 1 за частиною першою статті 203 КК діяння якої полягало у незаконному збуті двох пляшок спирту етилового ректифікованого, які відносяться до підакцизних товарів. Тобто у цій справі касаційний суд, незважаючи на те, що провадження у справі було закрито, фактично залишив незмінною кримінально - правову оцінку дій з предметом, які відносяться до підакцизних товарів.

Зіставлення фактичних обставин суспільно небезпечного діяння, передбаченого частиною першою статті 204 КК, за вчинення якого засуджено ОСОБА_2, з фактичними обставинами діяння, щодо якого висловлена правова позиція касаційного суду в рішенні Верховного Суду України від 5 травня 2009 року дають підстави стверджувати, що вони подібні між собою за рядом ознак проте отримали різну правову оцінку.

Відмінність у застосуванні норми закону про кримінальну відповідальність до зазначених, відповідно, в оспореному і порівнюваному судових рішеннях фактичних обставин справи, дозволяє провадити перегляд справи по суті заявлених у заяві вимог на предмет законності оспореного рішення (підстава: пункт перший частини першої статті 400^{12} КПК - неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень).

В теорії кримінального права залежно від опису ознак конкретного складу злочину розрізняють такі види диспозицій: проста, описова, відсильна, бланкетна і змішана.

Стаття 204 КК є бланкетною кримінально-правовою нормою, тобто нормою, яка лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст.

Загальний зміст статті 204 КК полягає в тому, що з ним пов’язане визначення злочином діянь, які описані в диспозиціях частин цієї статті.

Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно - правових актів, що наповнює норму більш конкретним змістом для встановлення саме тих ознак, які мають значення для кримінально - правової кваліфікації.

Згідно із зазначеним, під час проведення кримінально - правової кваліфікації діяння необхідно обов’язково встановити, який саме нормативно -

правовий акт та у якій редакції був чинним на момент вчинення конкретного злочину, зокрема, які саме речі матеріального світу визнавалися підакцизними товарами у даний конкретний момент часу[1].

Визначальним поняттям при встановленні предмету злочину, передбаченого частиною першою статті 204 КК, є поняття "підакцизні товари".

Відповідно до статті 14.1.145 Податкового кодексу України (далі - ПК) підакцизні товари (продукція) - це товари за кодами згідно з Українською класифікацією товарів зовнішньоекономічної діяльності (УКТ ЗЕД), на які цим Кодексом встановлено ставки акцизного податку.

Згідно із статтею 215.1. ПК, редакція якої була чинною на момент вчинення зазначених дій, до підакцизних товарів належали: спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, алкогольні напої, пиво; тютюнові вироби, тютюн та промислові замінники тютюну; нафтопродукти, скраплений газ; автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли.

Нормативне визначення поняття алкогольного напою дано в статті 14.1.5 ПК, під яким слід розуміти продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукромістких матеріалів або виготовлені на основі харчових спиртів з вмістом спирту етилового понад 1,2 відсотка об'ємних одиниць, які зазначені у товарних позиціях 2204, 2205, 2206, 2208 згідно з Українською класифікацією товарів зовнішньоекономічної діяльності (УКТ ЗЕД).

Виходячи із нормативного визначення поняття підакцизні товари, алкогольний напій може бути визнаний таким і бути предметом злочинів, передбачених статтею 204 КК лише за умови, якщо він відповідає наступним ознакам:

1) одержання шляхом спиртового бродіння цукромістких матеріалів або виготовлення на основі харчових спиртів;

2) вміст спирту етилового має становити понад 1,2 відсотки об'ємних одиниць;

3) визнання законом підакцизним товаром, до ціни якого включено акцизний податок;

4) належність до товарної групи Гарманизованої системи опису та кодування товарів (далі-ГСОКТ) під одним з наступних кодів: 2204, 2205, 2206, 2208.

Відсутність хоча б однієї з наведених ознак виключає можливість визнання алкогольного напою підакцизним товаром, а відповідно і предметом злочину, передбаченого статтею 204 КК.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення касаційного суду, встановлено, що ОСОБА_2 з метою збуту вдома шляхом бродіння цукромістких матеріалів, незаконно виготовив з винограду алкогольний напій - вино з вмістом спирту етилового від 11,2 % до 16,5 % об'ємних одиниць, яке не відповідало встановленим для даного товару (продукції) стандартам, нормам і умовам (ДСТУ).

Наведене свідчить, що виготовлений ОСОБА_2 алкогольний напій

[1] Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000.

відповідає лише двом з чотирьох ознакам, за наявності яких цей напій мав би визнаватись підакцизним товаром, а відповідно одним із предметів злочину, передбаченого статтею 204 КК.

Правова оцінка фактичних та юридичних підстав кваліфікації діяння, яке інкримінується ОСОБА_2 у зіставленні з правовою оцінкою діяння, яке надано для порівняння, дають підстави для висновку, що застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність зроблено неправильно.

Із наведеного випливає, що відповідальність за дії, передбачені статтею 204 КК, настає у тому разі, коли винна особа вчиняє певні дії щодо одного з видів продукції, яка за своїми товарними характеристиками підпадає під законодавче визначення підакцизний товар. Якщо ж продукт (товар) за якимись ознаками подібний до підакцизних товарів, але не містить усіх ознак цього товару, то такий продукт не може визнаватись предметом злочину, передбаченого статтею 204 КК.

Оскільки виготовлений ОСОБА_2 алкогольний напій не містить усіх ознак підакцизного товару, висновок про кваліфікацію його дій за частиною 1 статті 204 КК є незаконним.

Інші судові рішення касаційного суду, які долучені до заяви, не містять підстав неоднакового застосування однієї і тієї самої норми, а тому не можуть становити предмет порівняння із оспореним рішенням.

Відповідно до статті 400^{22} КПК, у разі визнання судового рішення касаційного суду незаконним Верховний Суд України скасовує його і постановляє нове рішення із зазначенням висновку про те, як саме має застосовуватися конкретна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Однак, якщо виходити із системного розуміння норм процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду справи Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, оскільки для його постановлення необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено.

З огляду на викладене, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вимушена ухвалити найприйнятніше рішення, можливе для задоволення заяви засудженого і забезпечення захисту його права на законне та справедливе судове рішення - скасувати оскаржувану ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи належить провести з урахуванням вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_2 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 грудня 2012 року щодо ОСОБА_2 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

7. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ДОВКІЛЛЯ

Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 10 грудня 2004 р. № 17

Відповідно до Конституції України кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди (ст. 50) і зобов'язаний не заподіювати шкоди природі та відшкодовувати завдані ним збитки (ст. 66).

Злочини та інші правопорушення проти довкілля посягають на суспільні відносини у сфері охорони конституційного права громадян на безпечне довкілля, а також у сфері охорони, використання, збереження і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання й усунення негативного впливу господарської та іншої діяльності людини на навколишнє природне середовище, збереження генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій, а також природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною.

Обговоривши матеріали узагальнення судової практики, Пленум Верховного Суду України відзначає, що суди в цілому забезпечують правильне вирішення справ про порушення законодавства про охорону довкілля (навколишнього природного середовища). Водночас при судовому розгляді цих справ ще допускаються порушення як матеріального, так і процесуального закону.

З метою забезпечення правильного й однакового застосування судами законодавства у справах зазначеної категорії Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що своєчасний і правильний розгляд кримінальних справ про злочини, відповідальність за які передбачена статтями 236—254 Кримінального кодексу України (далі – КК), є важливим засобом захисту гарантованого Конституцією права громадян на безпечне довкілля, а також суспільних відносин у сфері охорони й відтворення навколишнього

природного середовища, раціонального використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини.

2. Оскільки більшість статей, якими передбачено відповідальність за злочини й адміністративні правопорушення проти довкілля, є бланкетними, судам слід ретельно з'ясовувати, яким саме законодавством регулюються правовідносини, пов'язані з використанням та охороною відповідного природного ресурсу (землі, надр, вод, атмосферного повітря, рослинного і тваринного світу тощо).

3. Суб'єктами злочинів проти довкілля можуть бути особи, які досягли 16-річного віку. У випадках притягнення до кримінальної відповідальності за ці злочини службових осіб, котрі вчинили їх із використанням свого службового становища, їхні дії за наявності до того підстав мають кваліфікуватися також за відповідними статтями КК, якими передбачено відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, крім ст. 238, ч. 2 ст. 248 КК.

4. При розгляді кримінальних справ про злочини проти довкілля судам належить встановлювати всі обставини, що підлягають доказуванню (ст. 64 Кримінально-процесуального кодексу України; далі – КПК).

З'ясовуючи обставини вчиненого протиправного діяння, необхідно особливо ретельно перевіряти, чи є причиновий зв'язок між ним і фактом заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, чи не зумовлені шкідливі наслідки факторами, що не залежали від волі підсудного (стихійне лихо, пожежа тощо). Відповідальність за злочини проти довкілля настає і в тому разі, коли відповідні дії були вчинені у зв'язку з виробничою або іншою діяльністю.

5. Вирішуючи питання про те, чи є шкода істотною (ч. 1 ст. 244, ст. 246, ч. 1 ст. 248, ч. 1 ст. 249 КК), суди повинні враховувати не тільки кількісні та вартісні критерії, а й інші обставини, що мають значення для вирішення цього питання.

Під тяжкими наслідками (статті 236, 237, частини 2 статей 238—243, ч. 2 ст. 245, статті 247, 251, ч. 2 ст. 252, ч. 1 ст. 253 КК) слід розуміти: загибель чи масове захворювання людей; істотне погіршення екологічної обстановки в тому чи іншому регіоні (місцевості); зникнення, масові загибель чи тяжкі захворювання об'єктів тваринного і рослинного світу; неможливість відтворити протягом тривалого часу ті чи інші природні об'єкти або використовувати природні ресурси в певному регіоні; генетичне перетворення тих чи інших природних об'єктів; заподіяння матеріальної шкоди в особливо великих розмірах; тощо.

З'ясовуючи питання про те, чи є загибель або захворювання об'єктів тваринного світу масовими, суди, зокрема, повинні досліджувати відомості про чисельність тварин, риби, інших організмів, що загинули чи захворіли, їх поширеність на території України або конкретної адміністративно-територіальної одиниці.

6. Під загибеллю людей (статті 236, 237, частини 2 статей 238—243, ч. 2 ст. 245, ч. 2 ст. 253 КК) треба розуміти смерть хоча б однієї людини, що сталася

внаслідок вчинення злочинів, відповідальність за які передбачена відповідними статтями КК.

7. Створення небезпеки для життя і здоров'я людей (частини 1 статей 239—244, ч. 1 ст. 253 КК) має місце в разі, коли забруднення навколишнього природного середовища чи вчинення інших протиправних дій могло призвести до загибелі хоча б однієї людини, масових захворювань людей, зараження хоча б однієї людини епідемічним або інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя чи імунного захисту людей, відхилень у розвитку дітей тощо.

8. Згідно зі ст. 236 КК відповідальність за порушення правил екологічної безпеки настає, зокрема, за умови, що воно спричинило екологічне забруднення значних територій. Під таким забрудненням необхідно розуміти істотне погіршення екологічної обстановки внаслідок значного запилення, задимлення, викидів радіоактивних, хімічних, бактеріологічних та інших речовин, що становлять небезпеку для людини, довкілля, матеріальних цінностей тощо.

З'ясовуючи питання про те, чи є значною територія, на якій сталося екологічне забруднення, треба враховувати дані про її площу, екологічну унікальність, належність до природно-заповідного фонду чи іншого об'єкта загальнодержавного значення.

9. Звернути увагу судів на те, що кримінальна відповідальність за незаконну порубку лісу (ст. 246 КК) настає у випадках, коли остання здійснювалася з порушенням нормативних актів, які регулюють порядок порубки дерев і чагарників, у лісах, захисних та інших лісових насадженнях (якщо при цьому заподіяно істотну шкоду), або в заповідниках чи на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах.

Зокрема, визнається незаконною порубка дерев і чагарників, вчинена: без відповідного дозволу; за дозволом, виданим із порушенням чинного законодавства; до початку чи після закінчення установлених у дозволі строків; не на призначених ділянках чи понад установлену кількість; не тих порід дерев, які визначені в дозволі; порід, вирубку яких заборонено.

У справах про злочини, ідповідальність за які передбачена ст. 246 КК, шкода визнається істотною, коли: були знищені певні види дерев у тій чи іншій місцевості; погіршилися породний склад, якість, захисні, водоохоронні й інші екологічні властивості лісу; виникли труднощі у відтворенні заліснення в певній місцевості; знизилась якість атмосферного повітря; змінились ландшафт місцевості, русло річки; сталась ерозія ґрунту; тощо. Якщо внаслідок незаконної порубки дерев, чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях істотна шкода не настала, винна особа за наявності до того підстав несе відповідальність за статтями 64–67 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП).

Порубка дерев і чагарників на територіях, не віднесених до лісового фонду (ст. 4 Лісового кодексу України), не тягне відповідальності за ст. 246 КК. За наявності відповідних підстав такі дії можуть бути кваліфіковані як крадіжка, самоправство тощо.

Заволодіння деревами, зрубаними та підготовленими до складування або вивезення, залежно від обставин справи слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 185 КК або іншими статтями, якими передбачено відповідальність за вчинення злочинів проти власності.

10. Відповідно до ч. 1 ст. 248 КК незаконним визнається полювання: з порушенням установлених правил (якщо воно заподіяло істотну шкоду); в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду; на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, занесені до Червоної книги України.

Під полюванням розуміються дії людини, спрямовані на вистежування, переслідування з метою добування і власне добування (відстріл, відлов) мисливських тварин (тобто диких звірів та птахів, які можуть бути об'єктами полювання), що перебувають у стані природної волі або утримуються в напіввільних умовах (ст. 1 Закону України від 22 лютого 2000 р. № 1478-III "Про мисливське господарство та полювання"). До полювання прирівнюється перебування осіб: у межах мисливських угідь, у тому числі на польових і лісових дорогах (крім доріг загального користування), з будь-якою стрілецькою зброєю або з капканами та іншими знаряддями добування звірів і птахів, або з собаками мисливських порід чи ловчими звірами та птахами, або з продукцією полювання; на дорогах загального користування з продукцією полювання або з будь-якою зібраною розчохленою стрілецькою зброєю (ст. 12 названого Закону).

Кримінальна відповідальність за полювання, незаконність якого полягала в порушенні встановлених правил, настає лише за умови заподіяння істотної шкоди. Такою шкодою, зокрема, можуть бути визнані: зникнення того чи іншого виду тварин у певній місцевості; знищення місць компактного проживання та розмноження звірів і птахів, їхніх жител, споруд; руйнування об'єктів природного середовища; знищення тварин, відтворення яких з урахуванням особливостей або чисельності того чи іншого виду (видів) пов'язане зі значними труднощами; тощо. Якщо внаслідок незаконного полювання істотна шкода не настала, винна особа за наявності до того підстав може нести відповідальність за ч. 1 або ч. 2 ст. 85 КпАП.

За незаконне полювання в заповідниках чи на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду або на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, занесені до Червоної книги України, кримінальна відповідальність настає незалежно від того, чи мали місце шкідливі наслідки.

11. Роз'яснити судам, що полювання вважається вчиненим із використанням транспортних засобів (ч. 2 ст. 248 КК), коли такий засіб (вертоліт, автомашина, мотоцикл, моторний човен, трактор тощо) було застосовано для вистежування, переслідування, добування звірів або птахів.

12. Під незаконним заняттям рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК) треба розуміти таке вилучення водних живих ресурсів із природного середовища, яке здійснюється з порушенням чинного законодавства, що регулює порядок і умови промислового, любительського, спортивного рибальства, іншого використання водних живих ресурсів. Зокрема,

незаконнм є промисел, який здійснюється всупереч існуючим правилам: без належного на те дозволу, в заборонений час, у недозволених місцях, із застосуванням заборонених знарядь лову, з перевищенням установлених лімітів чи норм вилову.

Водні живі ресурси утворюють риби різних порід, водні тварини (дельфіни, раки, краби, креветки, кальмари тощо), морські рослини, які мають промислове значення. Хутрові тварини (видри, бобри, ондатри тощо) й водоплаваючі птахи до водних ресурсів не належать, і відповідальність за незаконний їх вилов чи відстріл настає за ст. 248 КК.

Під промислом розуміються як один акт добування риби, тварин чи рослин, так і неодноразове вчинення таких дій.

Відповідальність за злочин, передбачений ст. 249 КК, настає лише за умови, що діями винної особи заподіяно істотну шкоду. На те, що шкода є істотною, можуть вказувати, зокрема, такі дані: знищення нерестовищ риби; вилов риби в період нересту, нечисленних її видів або тих, у відтворенні яких є труднощі; добування великої кількості риби, водних тварин чи рослин або риби чи тварин, вилов яких заборонено; тощо. Якщо внаслідок вчинених дій істотна шкода не настала, винна особа за наявності до того підстав може нести відповідальність за ч. 3 або ч. 4 ст. 85 КпАП.

Вилов риби чи водних тварин зі спеціально облаштованих або пристосованих водоймищ, у яких вони вирощуються підприємствами, організаціями чи громадянами, за ст. 249 КК кваліфікувати не можна. За наявності відповідних підстав дії винної особи можуть кваліфікуватись як посягання на чужу власність.

13. Під способом масового знищення звірів, птахів, риби, інших видів тваринного світу (частини 2 статей 248 та 249 КК) треба розуміти такі дії, які здатні спричинити чи спричинили загибель великої кількості представників дикої фауни, знищення популяції або певного виду тваринного світу в тій чи іншій місцевості чи водоймі (застосування отруйних або вибухових речовин, газу, диму, електроструму, автоматичної зброї, спрямування стада тварин на болото, тралення риби за допомогою заборонених прийомів тощо).

При вирішенні питання про те, чи здійснювалося незаконне полювання або рибальство способом масового знищення, слід ретельно досліджувати характерні властивості застосованих знарядь, зокрема їхню руйнівну силу, характер взаємодії з оточуючим середовищем, обсяги шкідливого впливу на довкілля тощо.

14. При призначенні особам, засудженим за вчинення злочинів проти довкілля, кримінального покарання суди повинні неухильно дотримувати вимог статей 65–67 КК виходячи з того, що воно має бути необхідним і достатнім для виправлення засудженого та запобігання новим злочинам.

Визначаючи ступінь тяжкості злочину, необхідно враховувати характер вчинених дій та наслідки, що настали: ступінь забруднення землі, надр, вод, атмосферного повітря чи іншого шкідливого впливу на них; вид і кількість небезпечних речовин, що потрапили в природне середовище; кількість людей,

які постраждали; кількість тварин або риби, що загинули; розмір заподіяної довкіллю шкоди; тощо.

У разі, коли злочин проти довкілля був безпосередньо пов'язаний із посадою, яку обіймала винна особа, або діяльністю, якою вона займалася, суди відповідно до ст. 55 КК мають обговорювати питання про необхідність застосування до засудженого додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

15. Розглядаючи у кримінальних справах цивільні позови про відшкодування шкоди, заподіяної довкіллю, суди повинні керуватися нормами природоохоронного законодавства, а у випадкх, коли це питання не врегульоване зазначеним законодавством, – відповідними положеннями Цивільного кодексу України (далі – ЦК), зокрема главами 19 та 82. Необхідно також враховувати роз'яснення Пленуму з цього питання (постанови від 27 березня 1992 р. № 6 "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди", від 16 квітня 2004 р. № 7 "Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ" та ін.).

При обчисленні розміру відшкодування шкоди, заподіяної знищенням або пошкодженням природних ресурсів, потрібно також додержувати вимог тих нормативних актів, якими встановлено відповідні правила. Зокрема, з'ясовувати ті кількісні та якісні критерії (кількість, вага, розмір тощо), які відповідно до існуючих такс при цьому враховуються.

16. Звернути увагу судів на те, що розміри відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення законодавства про природно-заповідний фонд, визначаються на основі кадастрової еколого-економічної оцінки включених до його складу територій та об'єктів, що провадиться відповідно до ст. 65 Закону України від 16 червня 1992 р. № 2456-XII "Про природно-заповідний фонд України", і спеціальних такс (затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 21 квітня 1998 р. № 521 "Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної порушенням природоохоронного законодавства у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду України"; далі - постанова від 21 квітня 1998 р. №521).

17. У справах про відшкодування шкоди, заподіяної забрудненням і засміченням вод, іншими порушеннями водного законодавства, слід керуватися, зокрема, ст. 111 Водного кодексу України, статтями 1166, 1192 ЦК. Розмір шкоди при цьому визначається відповідно до Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів (затверджена наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України від 18 травня 1995 р. № 37 (зі змінами, внесеними наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 31 січня 2002 р. № 48); зареєстрована в Міністерстві юстиції України 1 червня 1995 р. за № 162/698).

При вирішенні справ, пов'язаних із відшкодуванням збитків, заподіяних внаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів

територіальних і внутрішніх морських вод України, необхідно керуватися постановою Кабінету Міністрів України від 3 липня 1995 р. № 484 "Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування збитків, заподіяних внаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів територіальних і внутрішніх морських вод України" і Положенням про порядок обчислення розміру відшкодування та сплати збитків, заподіяних внаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів територіальних і внутрішніх морських вод України (затверджене наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України[*] * від 26 жовтня 1995 р. № 116; зареєстроване в Міністерстві юстиції України 27 грудня 1995 р. за № 478/1014).

18. У справах про лісопорушення розмір заподіяної шкоди обчислюється за відповідними таксами (затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 5 грудня 1996 р. № 1464 "Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісовому господарству").

19. Визначаючи розмір шкоди, заподіяної незаконним добуванням або знищенням диких звірів і птахів (крім видів, занесених до Червоної книги України), знищенням їхніх жител, біотехнічних споруд, потрібно керуватися таксами, затвердженими наказом Міністерства лісового господарства і Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України від 12 березня 1996 р. № 24/32 і зареєстрованими у Міністерстві юстиції України 22 березня 1996 р. за № 137/1162 "Про затвердження такс нарахування розміру стягнення за збитки, заподіяні незаконним добуванням або знищенням диких звірів і птахів (крім видів, занесених до Червоної книги України), їх жител, біотехнічних споруд". При цьому необхідно враховувати, що для обчислення розміру шкоди, заподіяної територіям та об'єктам природно-аповідного фонду внаслідок незаконного добування чи знищення тварин, пошкодження або знищення їхніх жител, місць перебування і розмноження, застосовуються такси, затверджені постановою від 21 квітня 1998 р. № 521.

20. При визначенні розміру шкоди, заподіяної водним живим ресурсам, залежно від конкретних обставин справи застосовуються такси, затверджені постановами Кабінету Міністрів України від 19 січня 1998 р. № 32 "Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок незаконного добування (збирання) або знищення цінних видів риб та інших об'єктів водного промислу" або від 21 квітня 1998 р. № 521.

21. Розглядаючи кримінальні справи про злочини проти довкілля, суди повинні додержувати вимог природоохоронного законодавства щодо вилучення у правопорушника незаконно добутої продукції (звірів, птахів, риби, деревини, хутра тощо).

Якщо вилучену у правопорушника продукцію реалізовано до розгляду справи в судовому засіданні, суд враховує вартість реалізованого при вирішенні

[*] З 15 грудня 1999 р. – Міністерство екології та природних ресурсів України, з 15 вересня 2003 р. – Міністерство охорони навколишнього природного середовища України.

цивільного позову. Якщо ж незаконно добута продукція не була вилучена, а використана чи реалізована самим правопорушником або стала непридатною, суд вирішує питання про стягнення її вартості.

22. При розгляді справ про злочини проти довкілля суди на виконання вимог п. 1 ч. 1 ст. 81 КПК мають обговорювати питання про конфіскацію належних винним особам знарядь злочину.

Під знаряддями злочину в таких справах треба розуміти предмети чи технічні засоби, які умисно використовувалися їх власником чи співучасниками злочину для незаконного полювання, рибальства, порубки дерев тощо, а також для полегшення вчинення зазначених дій: рушниці, вибухівка, рибальські сіті, транспортні засоби (останні можуть бути визнані знаряддям злочину не тільки тоді, коли вони використовувалися безпосередньо в процесі полювання чи рибальства, а й коли без їх використання вчинення злочину було б неможливим чи надто складним).

Рішення про конфіскацію таких речових доказів може бути прийнято лише за умови, що вони визнані знаряддями злочину органами досудового слідства чи судом.

23. Рекомендувати Апеляційному суду Автономної Республіки Крим, апеляційним судам областей, міст Києва та Севастополя систематично вивчати й узагальнювати судову практику у справах про злочини проти довкілля, вживати передбачених законом заходів до усунення помилок, що допусокаються судами під час розгляду справ цієї категорії.

24. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 26 січня 1990 р. № 1 “Про практику розгляду судами справ про відповідальність за порушення законодавства про охорону природи” (зі змінами, внесеними постановами від 4 червня 1993 р. № 3, від 13 січня 1995 р. № 3, від 1 листопада 1996 р. № 11, від 3 грудня 1997 р. № 12 та від 27 листопада 1998 р. № 20).

8. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ

Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 23 грудня 2005 р. № 13

З метою однакового і правильного застосування судами законодавства при розгляді кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями, Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що при розгляді кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями, необхідно враховувати: норми Кримінального кодексу України (далі — КК), в яких визначено

особливості кримінальної відповідальності осіб, котрі вчинили злочини у співучасті (статті 26—31); ознаки злочину, що вказують на його вчинення організованою групою (ч. 3 ст. 28) або злочинною організацією (ч. 4 ст. 28); положення статей Особливої частини КК, якими передбачено додаткові ознаки спеціальних видів таких груп чи організацій (статті 257, 258, 260).

Суди мають досліджувати докази не лише стосовно конкретних злочинів, а й щодо тих ознак, які вказують на їх вчинення саме організованою групою чи злочинною організацією, — щодо виду об'єднання, мети його створення і плану злочинної діяльності, тривалості існування, матеріальної бази, кількісного складу, вербування нових членів, структури та ієрархії об'єднання, наявності в нього корупційних зв'язків, існування певних правил поведінки його членів, розподілу між ними функцій тощо. У мотивувальній частині вироку необхідно наводити дані про те, коли саме і протягом якого часу було утворено організовану групу чи злочинну організацію, як довго вона функціонувала, відомості про організаторів об'єднання та характер стосунків, які склалися між ними і членами останнього.

При розгляді багатоепізодних справ судам слід установлювати, на якому етапі злочинної діяльності об'єднання набуло ознак стійкого і до якого саме виду воно належить, маючи на увазі, що нерідко об'єднання зазнає таких змін після вчинення ряду злочинів у простих формах співучасті (групою осіб або групою осіб за попередньою змовою) чи трансформується з одного виду в інший (наприклад, декілька організованих груп об'єднуються в злочинну організацію, організована група озброюється і набуває ознак банди).

2. Суди мають ретельно з'ясовувати характер дій тих осіб, котрих органи досудового слідства визнали організаторами злочинної діяльності стійких об'єднань чи вчинення конкретних злочинів у простих формах співучасті, оскільки, як правило, такі особи є найбільш небезпечними суб'єктами організованої злочинної діяльності. При цьому слід ураховувати, що відповідно до ч. 3 ст. 27 КК організатором є особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням, а також особа, яка утворила організовану групу або злочинну організацію чи керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності такої групи або організації.

3. При з'ясуванні змісту ознак, за якими особа може бути визнана організатором вчинення злочину (злочинів) у простих формах співучасті, потрібно виходити з того, що дії організаційного характеру полягають в об'єднанні дій інших співучасників і спрямуванні їх на вчинення одного чи декількох злочинів або в координації поведінки цих осіб. Організація вчинення злочину (злочинів) може полягати в залученні співучасників усіх видів (виконавців, пособників, підбурювачів, інших організаторів) або лише одного з них (наприклад, виконавців) і здійснюватись у формі наказу, угоди, прохання, підкупу, доручення, замовлення тощо. Мета зберегти єдність співучасників для подальшої злочинної діяльності при цьому не ставиться.

Керування підготовкою злочину (злочинів) виявляється у спрямуванні дій виконавця, пособника, підбурювача на готування до одного чи декількох злочинів, а саме на: замовлення злочину; підшукування або пристосування засобів чи знарядь його вчинення; залучення співучасників, інструктування їх щодо виконання відповідних злочинних діянь; усунення перешкод та інше умисне створення умов для вчинення злочину, зокрема розроблення заходів щодо нейтралізації діяльності правоохоронних органів (організація підкупу працівника такого органу, застосування насильства до нього або його близьких, усунення з посади чи інше блокування його діяльності, яка може перешкодити реалізації злочинних намірів); визначення місць переховування співучасників після вчинення злочину та його знарядь, а також предметів, здобутих злочинним шляхом, тощо.

Керування вчиненням злочину (злочинів) передбачає спряування зусиль інших співучасників на безпосереднє виконання діянь, що становлять об'єктивну сторону складу злочину (діяння виконавця), або на забезпечення такого виконання (діяння пособника та підбурювача). Воно може полягати в інструктуванні учасників злочину щодо виконання тих чи інших діянь, які становлять об'єктивну сторону складу злочину, або щодо забезпечення їх виконання, у координації злочинних дій співучасників (розставлення останніх на місці злочину, визначення послідовності їх дій, налагодження зв'язку між ними), у забезпеченні прикриття цих дій тощо.

Дії організатора злочину (злочинів) при простій формі співучасті належить кваліфікувати за статтею Особливої частини КК, якою передбачено відповідальність за вчинений злочин, із посиланням на ч. 3 ст. 27 КК, а якщо він був одним із виконавців діянь, що становлять об'єктивну сторону складу цього злочину, — без посилання на зазначену норму. Якщо ж особа брала участь у вчиненні одного злочину як організатор, а іншого — як виконавець, пособник чи підбурювач, її дії в кожному випадку мають кваліфікуватися самостійно.

4. Утворення (створення) організованої групи чи злочинної організації слід розуміти як сукупність дій з організації (формування, заснування) стійкого злочинного об'єднання для заняття злочинною діяльністю. Зазначені дії за своїм змістом близькі до дій з організації злочину і включають підшукання співучасників, об'єднання їхніх зусиль, детальний розподіл між ними обов'язків, складення плану, визначення способів його виконання. Проте основною метою організатора такої групи (організації) є утворення стійкого об'єднання осіб для заняття злочинною діяльністю, забезпечення взаємозв'язку між діями всіх учасників останнього, упорядкування взаємодії його структурних частин.

5. Керування організованою групою або злочинною організацією полягає у вчиненні сукупності дій, спрямованих на управління їх функціонуванням як стійких об'єднань осіб (забезпечення існування, відповідного рівня організованості, дотримання загальних правил поведінки і дисципліни; вербування нових учасників, розподіл або перерозподіл між ними функціональних обов'язків; планування конкретних злочинів і злочинної

діяльності в цілому; організація заходів щодо прикриття останньої; вдосконалення структури об'єднання) та здійсненням ними злочинної діяльності (визначення її мети і напрямів, конкретних завдань об'єднання, його структурних частин або окремих учасників, координація їхніх дій; ініціювання здійснення певного виду злочинної діяльності чи вчинення конкретних злочинів тощо).

Зазначені дії організаційного характеру можуть здійснюватись у формі віддання наказів, розпоряджень, давання доручень, проведення інструктажів, прийняття звітів про виконання тих чи інших дій, застосування заходів впливу щодо учасників злочинного об'єднання за невиконання наказів і доручень або порушення встановлених у ньому правил поведінки.

6. Забезпечення фінансування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації може полягати і в організації постачання їй коштів іншими особами, і в безпосередньому його здійсненні. У такий спосіб кошти можуть спрямовуватись на фінансування витрат, пов'язаних як із функціонуванням організованої групи чи злочинної організації (придбання автотехнічних засобів, зброї чи іншого майна, оренда приміщення, виплата коштів членам цих об'єднань за виконання ними відповідних функцій, а також винагороди виконавцям та іншим співучасникам злочинів, підкуп представників влади, здійснення розвідувальних заходів, вкладання коштів у незаконну підприємницьку діяльність тощо), так і зі вчиненням конкретного злочину.

При цьому слід мати на увазі, що здійснення іншого, крім фінансового (наприклад, матеріально-технічного, інформаційного), забезпечення злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації за змістом ч. 3 ст. 27 КК не є підставою для визнання особи організатором. Це можливо лише за умови вчинення нею й інших дій, відповідальність за які передбачено зазначеною нормою.

7. Організація приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації може полягати у координації дій щодо легалізації (відмивання) доходів, одержаних зазначеними об'єднаннями злочинним шляхом; підкупу осіб, уповноважених на виконання функцій держави; створення умов для проникнення учасників цих об'єднань до органів влади з метою забезпечити безпеку злочинної діяльності та виїзду учасників такої діяльності за межі регіону чи країни; збуту предметів, здобутих злочинних шляхом; маскування слідів злочину; фізичного знищення потерпілих чи свідків, а також тих співучасників, які могли б виступити як свідки. Таке приховування є специфічною формою пособницької діяльності.

У разі, коли приховування, на організацію якого були спрямовані дії особи, саме по собі утворює склад окремого злочину (наприклад, убивство, знищення чи пошкодження майна, давання хабара, легалізація (відмивання) доходів, здобутих злочинним шляхом) і це охоплювалось умислом такої особи, її дії необхідно додатково кваліфікувати ще й як організацію відповідного злочину.

8. Якщо конкретні дії організаційного характеру (організація відповідного стійкого злочинного об'єднання або керування ним) за своїми ознаками

утворюють самостійний склад злочину, то особу, яка їх вчинила, треба визнавати виконавцем такого злочину, а її дії додатково кваліфікувати за відповідною статтею Особливої частини КК (зокрема, за ч. 1 ст. 255, ст. 257).

9. Під організованою групою (ч. 3 ст. 28 КК) належить розуміти внутрішньо стійке об'єднання трьох і більше осіб, яке було попередньо утворене з метою вчинення ряду злочинів або тільки одного, який потребує ретельної довготривалої підготовки. Таку групу слід вважати утвореною з моменту досягнення її учасниками домовленості про вчинення першого злочину за наявності планів щодо подальшої спільної злочинної діяльності.

10. Злочинна організація (ч. 4 ст. 28 КК) — це внутрішньо й зовнішньо стійке ієрархічне об'єднання трьох і більше осіб або двох і більше організованих груп (структурних частин), метою діяльності якого є вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів чи тільки одного, що вимагає ретельної довготривалої підготовки, або керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Злочинну організацію слід вважати утвореною (створеною), якщо після досягнення особами згоди щодо вчинення першого тяжкого чи особливо тяжкого злочину, але до його закінчення об'єднання набуло всіх обов'язкових ознак такої організації. При цьому не має значення, передувала набуттю об'єднанням ознак злочинної організації стадія його існування як організованої групи чи зазначена організація була одразу створена як така. Якщо перший, а також наступні злочини були вчинені до набуття об'єднанням усіх обов'язкових ознак злочинної організації, ці злочини за наявності до того підстав необхідно кваліфікувати як такі, що вчинені організованою групою.

11. Стійкість організованої групи та злочинної організації полягає в їх здатності забезпечити стабільність і безпеку свого функціонування, тобто ефективно протидіяти факторам, що можуть їх дезорганізувати, як внутрішнім (наприклад, невизнання авторитету або наказів керівника, намагання окремих членів об'єднання відокремитись чи вийти з нього), так і зовнішнім (недотримання правил безпеки щодо дій правоохоронних органів, діяльність конкурентів по злочинному середовищу тощо).

На здатність об'єднання протидіяти внутрішнім дезорганізуючим факторам указують, зокрема, такі ознаки: стабільний склад, тісні стосунки між його учасниками, їх централізоване підпорядкування, єдині для всіх правила поведінки, а також наявність плану злочинної діяльності і чіткий розподіл функцій учасників щодо його досягнення.

Ознаками зовнішньої стійкості злочинної організації можуть бути встановлення корупційних зв'язків в органах влади, наявність каналів обміну інформацією щодо діяльності конкурентів по злочинному середовищу, створення нелегальних (тіньових) страхових фондів та визначення порядку їх наповнення й використання тощо.

Набуття організованою групою крім ознак внутрішньої ще й ознак зовнішньої стійкості (за наявності ієрархічної побудови та мети вчинення

тяжких і особливо тяжких злочинів), як правило, свідчить про те, що ця група трансформувалась у злочинну організацію.

12. Структура злочинного об'єднання — це його внутрішня побудова, яка визначається відповідною конфігурацією і змістом стійких зв'язків учасників об'єднання та забезпечує психологічну єдність і стабільність останнього.

Ієрархічність злочинної організації полягає у підпорядкованості учасників останньої організатору і забезпечує певний порядок керування таким об'єднанням, а також сприяє збереженню функціональних зв'язків та принципів взаємозалежності його учасників або структурних частин при здійсненні спільної злочинної діяльності.

13. Вступ особи до організованої групи чи злочинної організації (участь у ній) означає надання цією особою згоди на участь у такому об'єднанні за умови, що вона усвідомлювала факт його існування і підтвердила певними діями реальність своїх намірів.

14. Відповідно до ч. 3 ст. 28 КК суб'єктом злочину, вчиненого організованою групою, може визнаватись лише особа, яка є учасником такого об'єднання, причому не тільки та, котра була одним із виконавців злочину, а й та, котра його готувала. Тому у випадках, коли діяльність організованої групи була припинена на стадії готування злочину чи ця група здійснила готування, а діяння, що становить об'єктивну сторону складу злочину, було виконане не всіма, а одним чи двома її учасниками, суди мають кваліфікувати злочин як учинений організованою групою.

15. При кваліфікації злочинів, учинених організованою групою або злочинною організацією, суди повинні дотримувати положень ч. 1 ст. 30 КК про умови відповідальності організаторів та учасників таких об'єднань, враховуючи при цьому, що зазначені умови є неоднаковими і залежать від того, у складі якого об'єднання особа вчиняла злочини, — організованої групи чи злочинної організації. Якщо в першому випадку відповідальність настає тільки за злочинні дії осіб, які зорганізувалися, то в другому — і за саму організацію для злочинної діяльності, тобто злочинами визнаються і створення злочинної організації та (або) вступ до неї, безвідносно до того, чи розпочали її учасники вчинювати конкретні злочини. Тому злочини, вчинені у складі злочинної організації, належить самостійно кваліфікувати за відповідними нормами за сукупністю з нормою, яка передбачає відповідальність за створення такої організації, участь у ній чи у вчинюваних нею злочинах (ч. 1 ст. 255 КК).

16. Бандитизм становить окремий різновид спільної злочинної діяльності, специфічними проявами якої в цьому разі є організація озброєної банди та участь у ній або у вчинюваному нею нападі. Для притягнення особи до відповідальності за ст. 257 КК достатньо вчинення нею хоча б одного з цих діянь (за умови, що організацію банди доведено). Суд має з'ясовувати, в якій саме формі особа вчинила бандитизм, та зазначати це у вироку з наведенням відповідних мотивів.

17. Бандою необхідно визнавати озброєну організовану групу або злочинну організацію, яка попередньо створена з метою вчинення кількох нападів на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб або одного

такого нападу, який потребує ретельної довготривалої підготовки. Банду слід вважати створеною з моменту досягнення її учасниками згоди щодо вчинення першого нападу за наявності планів щодо подальшої спільної злочинної діяльності такого ж характеру та за умови, що об'єднання набуло всіх обов'язкових ознак банди. При цьому не має значення, передувала створенню банди стадія існування об'єднання як організованої групи або злочинної організації чи банда одразу була створена як така. Якщо перший, а також наступні злочини були вчинені до набуття об'єднанням усіх обов'язкових ознак банди, ці злочини за наявності до того підстав необхідно визнавати такими, що вчинені організованою групою чи злочинною організацією.

Оскільки ст. 257 КК передбачено відповідальність за організацію банди, а не за організаційну діяльність щодо її створення, дії обвинувачених можна кваліфікувати як закінчений бандитизм лише у випадках, коли банду дійсно було організовано. Організаційна ж діяльність, яка не дала такого результату, може розцінюватись як замах на бандитизм.

18. Обов'язковими ознаками організації банди є мета цієї діяльності — вчинення нападів — та озброєність її учасників або хоча б одного з них (в останньому випадку інші учасники мають знати про це й усвідомлювати можливість застосування зброї під час нападів). Організація такого об'єднання утворює склад бандитизму незалежно від того, чи встигли його учасники здійснити хоча б один із намічених нападів.

19. Організацією озброєної банди належить визнавати створення як організованої групи чи злочинної організації, що вже озброєні, але ще не вчинили нападів, так і таких стійких об'єднань, які, щоб дістати зброю, вчиняють напади на військовослужбовців, працівників правоохоронних органів тощо. Уже в момент нападу з метою заволодіння зброєю ці об'єднання стають бандою, оскільки в такий спосіб її члени озброюються.

20. У випадках, коли для вирішення питання про належність відповідних предметів до зброї, а також питання про їх придатність до використання за цільовим призначенням потрібні спеціальні знання, у справі необхідно призначати експертизу, яку слід проводити у відповідних експертних установах. Для вирішення лише другого питання достатньо участі спеціаліста.

Треба мати на увазі, що банда може бути озброєна і гладкоствольною зброєю.

21. Роз'яснити судам, що дії, які полягають у незаконному заволодінні вогнепальною зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями, їх придбанні, виготовленні, ремонті, або в незаконному заволодінні радіоактивними матеріалами чи їх придбанні, або у виготовленні, ремонті холодної зброї, вчинені з метою організації банди, а також аналогічні дії учасників уже існуючої банди чи збут останніми зазначених предметів належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 257 і ст. 262 або ч. 1 чи ч. 2 ст. 263 КК. Дії ж учасників банди, пов'язані з незаконним носінням, зберіганням, ремонтом

та передачею (один одному) предметів, якими вона озброєна, є складовими елементами бандитизму і додаткової кваліфікації за ст. 263 КК не потребують.

22. Оскільки законом установлено відповідальність за сам факт організації банди, то особа, яка була одним із її організаторів, визнається виконавцем злочину, передбаченого ст. 257 КК, навіть якщо вона в подальшому не брала участі в діяльності банди.

23. Участь в озброєній банді слід розуміти не тільки як безпосереднє здійснення нападів, а й як сам факт вступу особи до неї чи вчинення будь-яких дій, спрямованих на створення сприятливих умов для її функціонування (надання транспорту, приміщень, здійснення фінансування та матеріально-технічного забезпечення, постачання зброї, підшукання об'єктів для нападу, зберігання зброї, злочинно набутого майна, коштів тощо). Проте в будь-якому разі участь у банді (як форма бандитизму) обов'язково передбачає членство особи в цьому об'єднанні, яке набувається шляхом вступу до останнього. Вчинення зазначених дій особою, яка не є учасником банди, належить розцінювати як пособництво у бандитизмі.

24. Нападом озброєної банди є дії, спрямовані на досягнення злочинного результату шляхом застосування насильства до потерпілого чи створення загрози його застосування. Такий напад вважається здійсненим і в тих випадках, коли члени банди не застосовували зброї, яка перебувала в їх розпорядженні.

25. Участь у вчинюваному бандою нападі може брати й особа, яка не входить до її складу. Проте дії такої особи можна кваліфікувати за ст. 257 КК тільки в тому разі, коли вона усвідомлювала, що є учасником нападу, який вчинює банда. Якщо ж зазначена особа не брала безпосередньої участі у нападі, а лише якимось чином сприяла в його вчиненні, її дії слід вважати пособництвом.

Особи, які не були учасниками банди і не усвідомлювали факту її існування, але в будь-який спосіб сприяли у вчиненні нею нападу, несуть відповідальність за злочин, що охоплювався їхнім умислом.

26. Суди мають ураховувати, що ст. 257 КК, яка містить законодавче визначення поняття бандитизму, не передбачає ні якихось конкретних цілей вчинюваних бандою нападів як обов'язкової ознаки складу цього злочину, ні відповідальності за вчинення її членами під час нападу злочинних діянь, які утворюють самостійні склади злочинів (крім відповідальності за організацію банди, участь у ній та у вчинюваних нею нападах). Тому в таких випадках судам належить керуватися положенням ст. 33 КК, згідно з яким за сукупності злочинів кожен із них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини КК.

27. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 7 липня 1995 р. № 9 "Про судову практику в справах про бандитизм".

Голова Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Висновок Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладений у його постанові, прийнятої за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 липня 2013 року у справі № 5-24кс13

(*рішення про правильну кваліфікацію бандитизму*)

Банду слід вважати створеною з моменту досягнення її учасниками згоди щодо вчинення першого нападу за наявності планів щодо подальшої спільної злочинної діяльності такого ж характеру та за умови, що об'єднання набуло всіх обов'язкових ознак банди. При цьому не має значення, передувала створенню банди стадія існування об'єднання як організованої групи або злочинної організації чи банда була створена як така.

У справі щодо винуватого та інших, як випливає із фактичних обставин справи, встановлено, що вчиненню озброєного нападу на потерпілого та інших нападів передувало утворення стійкого злочинного об'єднання, метою якого було вчинення нападів на осіб, які займаються незаконними діями з наркотиками з метою збуту. Саме така мета об'єднала винуватих у злочинне угруповання, яке структурувалося, визначилося з правилами внутрішньої й зовнішньої поведінки, обрало керівника (лідера) групи, розподілило ролі між учасниками групи, озброїлося, утвердилося в намірах вчиняти подібні напади та, забезпечивши існування такого об'єднання, його здатність протистояти зовнішнім і внутрішнім перешкодам, розпочало злочинну діяльність розбійним нападом на одного з потерпілих. У своїй сукупності зазначені обставини вказують на ознаки бандитизму в діях винуватих, з огляду на які суд касаційної інстанції правильно кваліфікував їх дії за статтею 257 КК.

(Витяг)

Вироком Сімферопольського районного суду Автономної Республіки Крим від 15 листопада 2011 року засуджено:

ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, за статтею 257 Кримінального кодексу України (далі КК) до покарання у виді позбавлення волі строком на вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною четвертою статті 189 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на сім років із конфіскацією всього майна, яке його власністю. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів призначено остаточне покарання − позбавлення волі строком на вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю;

ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_2 року народження, такого, що не має судимості, за статтею 257 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною четвертою статті 189 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на сім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю. На підставі статті 70

КК за сукупністю злочинів призначено остаточне покарання – позбавлення волі строком на вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю;

ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_3 року народження, раніше судимо, за статтею 257 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на сім років і шість місяців із конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною четвертою статті 189 Кримінального кодексу України до покарання у виді позбавлення волі строком на сім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів призначено остаточне покарання – позбавлення волі строком на сім років і шість місяців із конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3 визнано винуватими в тому, що у січні 2011 року в м. Сімферополі вони та ОСОБА_7 за ініціативи ОСОБА_8 зорганізувалися у стійке, структуроване злочинне озброєне об'єднання – банду, метою якої було вчиняти напади на осіб, які займаються незаконними діями з наркотичними засобами. Очолив банду ОСОБА_8, який і запропонував її учасникам мету їхньої злочинної діяльності. Банда мала на озброєнні вогнепальну зброю – пістолет «ZORAKI» з набоями, яку надав ОСОБА_8, та пістолет ОСОБА_1. Всі учасники банди, набувши її членства, достеменно знали про зброю, свої ролі та функції, підпорядковувались відпрацьованими бандою правилам поведінки та дотримувалась критеріїв поділу результатів злочинної діяльності. Відповідно до плану дій банди ОСОБА_8 підшукував об'єкти нападу, ОСОБА_1 мав підробити посвідчення працівника міліції й видавати себе за нього, той же ОСОБА_1 і ОСОБА_2 безпосередньо вчиняти сам напад, а ОСОБА_7 з ОСОБА_ 3 забезпечували учасників банди транспортом та підшуковували об'єкти для нападу.

4 лютого 2011 року банда на двох автомобілях виїхала до м. Феодосії й там за обставин, зазначених у вироку, вчинила напад на ОСОБА_9.

Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 10 травня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 та інших засуджених залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 31 січня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3 залишила без змін.

У заявах захисники ОСОБА_4, ОСОБА_5 і ОСОБА_6 порушують питання про перегляд ухвали суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3 з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

На їхню думку, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у рішенні не обґрунтував існування банди, не навів доказів стійкості цього злочинного об'єднання, чіткого розподілу функцій між членами банди, усвідомлення ними мети діяльності, наявності в банді вогнепальної зброї та можливості її застосування під час нападу. Вони вважають, що суд неправильно визначив характер взаємин, які склалися між засудженими, хибно

витлумачив дії засуджених як напад на потерпілого, тоді як вони насправді намагалися тільки з'ясувати причетність потерпілого щодо вчинення незаконних дій, у зв'язку з чим ОСОБА_8 узяв зброю з метою самозахисту. Наявність цих обставин, на думку авторів заяв, виключають винуватість засуджених у бандитизмі.

На підтвердження неоднакового застосування судами норми статті 257 КК захисники посилаються на ухвали Верховного Суду України від 20 листопада 2008 року, 22 квітня 2010 року та 23 листопада 2010 року, а також на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 листопада 2011 року.

У зазначених рішеннях суд касаційної інстанції за подібних, на думку захисників, обставин погодився з рішеннями судів першої інстанції про недоведеність винуватості ОСІБ у вчиненні злочину, передбаченого статтею 257 КК, і, дійшовши цього висновку, зазначив, що злочинна група не характеризувалася наявністю зв'язків та властивостей, притаманних для озброєної банди, вона формувалася не для вчинення озброєних нападів, а для досягнення конкретного злочинного результату.

Як на приклад неоднакового правозастосування захисники також послалися на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 листопада 2011 року, якою судові рішення щодо ОСІБ були скасовані з направленням справи на новий судовий розгляд у зв'язку з необхідністю повторного дослідження ознак існування банди.

Захисник ОСОБА_6 додатково посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2012 року, якою було скасовано ухвалу апеляційного суду у зв'язку з її невідповідністю вимогам статті 377 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Захисники порушують питання про те, щоб скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 31 січня 2013 року щодо ОСОБА_1, ОСОБА_3 і ОСОБА_2 та ухвалити нове судове рішення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді-доповідача, пояснення прокурора щодо відмови у задоволенні заяв, перевірила матеріали справи, обговорила доводи, зазначені в заявах, та додані до них матеріали і дійшла висновку про таке.

Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявами захисників ОСОБА_4, ОСОБА_5 і ОСОБА_6 допущена до провадження у Верховному Суді України в порядку, визначеному главою 32^1 КПК 1960 року, і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} цього Кодексу.

Із нормативного визначення поняття банди (стаття 257 КК) як одного з виду складної форми співучасті й тлумачення цього поняття судовою практикою, зокрема у роз'ясненнях, які містяться в постанові Пленуму

Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями», бандою необхідно визнавати озброєну організовану групу або злочинну організацію, яка попередньо створена з метою вчинення кількох нападів на підприємства, установи організації чи на окремих осіб або одного такого нападу, який потребує ретельної довготривалої підготовки. Банду слід вважати створеною з моменту досягнення її учасниками згоди щодо вчинення першого нападу за наявності планів щодо подальшої спільної злочинної діяльності такого ж характеру та за умови, що об'єднання набуло всіх обов'язкових ознак банди. При цьому не має значення, передувала створенню банди стадія існування об'єднання як організованої групи або злочинної організації чи банда була створена як така.

У справі щодо ОСОБА_1 та інших, як випливає із фактичних обставин справи, встановлено, що вчиненню озброєного нападу на потерпілого ОСОБА_9 та інших нападів передувало утворення стійкого злочинного об'єднання, метою якого було вчинення нападів на осіб, які займаються незаконними діями з наркотиками з метою збуту. Саме така мета об'єднала ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_8 та інших у злочинне угруповання, яке структурувалося, визначилося з правилами внутрішньої й зовнішньої поведінки, обрало керівника (лідера) групи, розподілило ролі між учасниками групи, озброїлося, утвердилося в намірах вчиняти подібні напади та, забезпечивши існування такого об'єднання, його здатність протистояти зовнішнім і внутрішнім перешкодам, розпочало злочинну діяльність розбійним нападом на ОСОБА_9. У своїй сукупності зазначені обставини вказують на ознаки бандитизму в діях ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3, з огляду на які суд касаційної інстанції правильно кваліфікував їх дії за статтею 257 КК.

У судових рішеннях, які надані для порівняння й у яких касаційний суд погодився з висновками судів нижчої ланки про відсутність ознак бандитизму, фактичні обставини цих діянь подібні до діяння, інкримінованого ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3, однак не містять кваліфікуючих ознак, властивих бандитизму. Дійсно, у цих справах злочини вчинялися групою осіб і з використанням зброї, однак такі групи за рівнем стійкості, природи та міцності взаємозв'язків співучасників не були організованими та не були структурованими за свою побудовою. Ці групи фактично були ситуативні, спонтанні, вони не були стійкими. В основі утворення цих груп лежало бажання задоволення порушеного особистого інтересу, а не заняття спільною злочинною діяльністю – вчинення нападів на окремих осіб у складі стійкого організованого озброєного об'єднання.

Аналіз фактичних та правових підстав кваліфікації діянь, інкримінованих ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_3, дає підстави для висновку, що правова оцінка цих діянь проведена у точній відповідності зі змістом закону, який передбачає відповідальність за їх вчинення. Наявність таких обставин виключає необхідність втручання в оспорене рішення суду касаційної інстанції.

Посилання у заявах на інші рішення касаційного суду не можуть бути визнані як приклад для порівняння, оскільки за своїм юридичним значенням ці

рішення не є такими, що містять правові висновки щодо правозастосування, вони не є остаточними, в них немає висновків про правильне чи неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність за бандитизм.

Доводи, наведені в заявах про недостовірність (сумнівність) доказів, необґрунтованість висновків суду стосуються фактичних обставин справи та дотримання вимог процесуального законодавства. Однак вирішення цих питань, виходячи з положень пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК України 1960 року, перебуває поза межами повноважень перегляду справи Верховним Судом України.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу 2012 року, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяв захисників ОСОБА_4, ОСОБА_5 і ОСОБА_6.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 26 квітня 2002 р. № 3

Обговоривши практику розгляду судами справ про злочини, предметом яких є вогнепальна, холодна зброя, бойові припаси, вибухові речовини, вибухові пристрої чи радіоактивні матеріали, Пленум Верховного Суду України зазначає, що суди в основному забезпечують правильне застосуваннння закону при розгляді справ даної категорії. Разом з тим у їх діяльності ще мають місце певні недоліки.

В окремих справах не завжди встановлюються джерела придбання та виготовлення зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів, допускаються помилки при кваліфікації дій винних осіб. Суди не реагують належним чином на обставини, які сприяли незаконному заволодінню цими предметами, у тому числі на виявлені недоліки в їх обліку, зберіганні, користуванні та перевезенні.

Виникають труднощі у визначенні предмета цих злочинів, правильному розумінні добровільної здачі зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв, у відмежуванні закінченого злочину від замаху на його вчинення тощо.

З метою поліпшення судового розгляду справ даної категорії Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що забезпечення своєчасного та правильного розгляду справ про злочини, пов'язані з протиправними діяннями з вогнепальною чи холодною зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, має важливе значення для охорони громадської безпеки і запобігання іншим більш тяжким злочинам.

При розгляді цих справ необхідно вживати передбачених законом заходів до всебічного, повного й об'єктивного з'ясування всіх обставин злочину, звертаючи особливу увагу на виявлення джерел викрадення, придбання, виготовлення зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв або радіоактивних матеріалів, встановлення мотиву та мети винних осіб.

2. При вирішенні питання, чи є незаконними носіння, зберігання, придбання, виготовлення, ремонт, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), а також носіння, виготовлення, ремонт або збут холодної зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, судам необхідно керуватися Положенням про дозвільну систему (затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 р. № 576 з наступними змінами), Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів (затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 р. № 622; зі змінами, внесеними наказом від 13 квітня 1999 р. № 292) та іншими нормативними актами.

Питання про відповідальність за незаконні діяння зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, радіоактивними матеріалами осіб, які ними користуються у зв'язку зі службовою діяльністю, вирішуються з урахуванням нормативних актів (інструкцій, правил, наказів тощо), що регулюють порядок поводження з цими предметами.

3. Судам слід мати на увазі, що основною характерною ознакою зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв та радіоактивних матеріалів є їх призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища. Вони можуть бути як саморобними, так і виготовленими промисловим способом.

4. Відповідно до названої Інструкції та інших нормативних актів до вогнепальної зброї, яка є предметом злочинів, передбачених статтями 262—264, 410 КК, належать усі види бойової, спортивної, нарізної мисливської зброї, як серійно виготовленої, так і саморобної чи переробленої, для проведення пострілу з якої використовується сила тиску газів, що утворюється при згорянні вибухової речовини (пороху або інших спеціальних горючих сумішей).

Предметом злочину, передбаченого ст. 264 КК, крім зазначених вище видів вогнепальної зброї може бути також гладкоствольна мисливська зброя.

Пневматична зброя, сигнальні, стартові, будівельні, газові пістолети (револьвери), пристрої вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, ракетниці, а також вибухові пакети й інші імітаційно-піротехнічні та освітлювальні засоби, що не містять у собі вибухових речовин і сумішей, не можуть бути віднесені до предмета злочинів, відповідальність за які настає за статтями 262, 263 КК.

5. Бойовими припасами визнаються патрони до нарізної вогнепальної зброї різних калібрів, артилерійські снаряди, бомби, міни, гранати, бойові частини ракет і торпед та інші вироби в зібраному вигляді, споряджені вибуховою речовиною і призначені для стрільби з вогнепальної зброї чи для вчинення вибуху. Патрони та набої до гладкоствольної мисливської зброї, а також патрони, споряджені гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, не є предметом злочинів, передбачених статтями 262, 263 КК.

6. До вибухових речовин належать порох, динаміт, тротил, нітрогліцерин та інші хімічні речовини, їх сполуки або суміші, здатні вибухнути без доступу кисню.

7. Під вибуховими пристроями слід розуміти саморобні чи виготовлені промисловим способом вироби одноразового застосування, спеціально підготовлені і за певних обставин спроможні за допомогою використання хімічної, теплової, електричної енергії або фізичного впливу (вибуху, удару) створити вражаючі фактори – спричинити смерть, тілесні ушкодження чи істотну матеріальну шкоду – шляхом вивільнення, розсіювання або впливу токсичних хімічних речовин, біологічних агентів, токсинів, радіації, радіоактивного матеріалу, інших подібних речовин.

8. До холодної зброї належать предмети, які відповідають стандартним зразкам або історично виробленим типам зброї, чи інші предмети, що справляють колючий, колючо-ріжучий, рубаючий, роздроблюючий або ударний ефект (багнет, стилет, ніж, кинджал, арбалет, нунчаку, кастет тощо), конструктивно призначені для ураження живої цілі за допомогою м’язової сили людини або дії механічного пристрою.

9. Згідно з п. 1.8 Правил забезпечення збереження ядерних матеріалів, радіоактивних відходів, інших джерел іонізуючого випромінювання (затверджені наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 14 грудня 2000 р. № 241) радіоактивні матеріали — це будь-які матеріали, які містять радіонукліди і для яких питома активність та сумарна активність вантажу перевищують межі, установлені нормами, правилами й стандартами з ядерної та радіаційної безпеки.

10. У випадках, коли для вирішення питання про те, чи є відповідні предмети зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, а також для з’ясування їх придатності до використання за цільовим призначенням потрібні спеціальні

знання, у справі слід призначати експертизу з проведенням її у відповідних експертних установах. Для з'ясування лише придатності предмета до використання за цільовим призначенням достатньо участі спеціаліста.

11. Під незаконним зберіганням вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин чи вибухових пристроїв розуміються умисні дії, які полягають у володінні (незалежно від тривалості в часі) без відповідного дозволу або із простроченням його дії будь-яким із зазначених предметів, що знаходиться не при особі, а в обраному нею місці.

Незаконне носіння холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв є умисними, вчиненими без передбаченого законом дозволу діями по їх переміщенню, транспортуванню особою безпосередньо при собі (в руках, одязі, сумці, спеціальному футлярі, транспортному засобі тощо).

12. Незаконним придбанням вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв слід вважати умисні дії, пов'язані з їх набуттям (за винятком викрадення, привласнення, вимагання або заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем) всупереч передбаченому законом порядку — в результаті купівлі, обміну, привласнення знайденого, одержання як подарунок, на відшкодування боргу тощо.

13. Під незаконним виготовленням холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв потрібно розуміти умисні, вчинені без передбаченого законом дозволу дії по їх створенню чи переробленню, внаслідок чого вони набувають відповідних характерних властивостей.

Такими діями, зокрема, є перероблення ракетниці, стартового, будівельного, газового пістолета, інших пристроїв, пристосованих для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, у зброю, придатну до стрільби, або мисливської (у тому числі гладкоствольної) рушниці — в обріз, виготовлення вибухових речовин, вибухових пристроїв чи боєприпасів з використанням будь-яких компонентів, які самі по собі не є вибухівкою, але внаслідок цих дій набувають здатності до вибуху, тощо.

14. Ремонт холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів або вибухових пристроїв — це таке відновлення характерних властивостей зазначених предметів шляхом заміни або реставрації зношених чи непридатних з інших причин частин, механізмів, усунення дефектів, поломок чи пошкоджень, налагодження нормального функціонування різних частин і механізмів, внаслідок якого ці предмети стають придатними до використання за цільовим призначенням.

15. Під незаконною передачею вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв слід розуміти надання цих предметів іншій особі у володіння, для тимчасового зберігання чи використання за цільовим призначенням без передбаченого законом дозволу.

16. Незаконний збут холодної, вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв полягає в умисній передачі їх іншій особі поза встановленим порядком шляхом продажу, обміну, дарування, сплати боргу тощо.

17. Відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службової особи своїм службовим становищем за ст. 262 КК настає незалежно від місця вилучення цих предметів.

Під викраденням вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв, радіоактивних матеріалів слід розуміти протиправне таємне чи відкрите, в тому числі із застосуванням насильства, яке не є небезпечним для життя або здоров'я, чи з погрозою застосування такого насильства, їх вилучення у юридичних або фізичних осіб незалежно від того, законно чи незаконно ті ними володіли.

18. Розбій з метою викрадення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або раіоактивних матеріалів утворює склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 262 КК. Цей злочин вважається закінченим з моменту вчинення нападу, поєднаного з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства.

19. Привласнення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів має місце при їх утриманні, неповерненні володільцю особою, якій вони були довірені для зберігання, перевезення, пересилання, надані у зв'язку з виконанням службових обов'язків тощо або в якої опинились випадково чи якою були вилучені в іншої особи, котра володіла ними незаконно.

20. Вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв чи радіоактивних матеріалів полягає в пред'явленні особі, яка законно чи незаконно ними володіє або у віданні чи під охороною якої вони перебувають, вимоги про їх передачу.

За частинами 1, 2 ст. 262 КК кваліфікується вимагання зазначених предметів, поєднане з погрозою обмеження прав і свобод або законних інтересів щодо особи чи її близьких родичів, пошкодження чи знищення їхнього майна, розголошення відомостей, які вони бажають зберегти в таємниці.

Відповідальність за ч. 3 ст. 262 КК настає за вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або радіоактивних матеріалів, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я.

Вимагання вважається закінченим складом злочину з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з відповідними погрозою чи насильством.

21. Заволодіння вогнепальною зброєю (крім гладкоствольної мисливської), бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами шляхом шахрайства здійснюється за допомогою обману чи зловживання довірою, а шляхом зловживання службової особи своїм

службовим становищем — внаслідок протиправного використання нею своїх владних повноважень.

22. У разі викрадення складових частин, деталей чи вузлів, комплект яких дозволяє виготовити придатну до використання вогнепальну зброю, дії винної особи слід розцінювати як закінчений злочин і кваліфікувати за ст. 262 КК.

Викрадення складових частин і деталей бойових припасів, що містять вибухові речовини (запали, детонатори, підривники, гранати без підривників тощо), теж потрібно кваліфікувати за ст. 262 КК як закінчене розкрадання таких речовин.

23. Якщо винна особа незаконно заволоділа не придатними до використання вогнепальною зброю, бойовими припасами або їх частинами чи деталями, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями, помилково вважаючи їх такими, що можуть бути використані за призначенням, вчинене належить розцінювати як замах на заволодіння цими предметами і кваліфікувати за ст. 15 та відповідною частиною ст. 262 КК.

Незаконне заволодіння завідомо несправною вогнепальною зброєю (наприклад, учбовою) і приведення її в придатний до використання за призначенням стан необхідно кваліфікувати як заволодіння чужим майном та незаконне виготовлення вогнепальної зброї. Так само мають кваліфікуватися дії винного й у тому разі, коли для виготовлення придатної до використання зброї частина деталей була ним викрадена, а решта виготовлена самостійно чи придбана будь-яким іншим чином.

24. Незаконне заволодіння вогнепальною зброєю (крім гладкоствольної мисливської), бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами визнається повторним у разі вчинення його особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 262 КК, незалежно від того, чи було її за це засуджено, а також була вона виконавцем чи іншим співучасником такого злочину.

За ознакою повторності за ч. 2 ст. 262 КК слід кваліфікувати також передбачені ч. 1 цієї статті дії, вчинені після розбійного нападу або вимагання, поєднаного з насильством.

25. Оскільки незаконне заволодіння вогнепальною зброєю (крім гладкоствольної мисливської), бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями є самостійним складом злочину, подальші їх носіння, зберігання, ремонт, передача чи збут утворюють реальну сукупність злочинів, передбачених ст. 262 та ч. 1 ст. 263 КК.

Незаконне заволодіння радіоактивними матеріалами та подальше їх носіння, зберігання, використання тощо слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 262 КК і залежно від наслідків – ч. 1 чи ч. 2 ст. 265 КК.

26. Якщо викрадення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв або радіоактивних матеріалів та їх незаконне носіння, зберігання, передача чи збут здійснені для вчинення іншого злочину, такі дії мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 262 і ч. 1 ст. 263 або ст. 265 КК, а також як готування чи замах до вчинення іншого злочину.

За сукупністю злочинів, передбачених ст. 257 і ст. 262 або ч. 1 ст. 263 КК, належить кваліфікувати незаконне заволодіння чи незаконне придбання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв або радіоактивних матеріалів, вчинені з метою організації банди чи використання цих предметів членами вже існуючої банди.

27. Відповідальність за ст. 264 КК настає у випадках зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів без додержання встановлених нормативними актами та загальноприйнятими правилами застережних заходів, які виключають можливість вільного доступу сторонніх осіб до цих предметів, а також незаконної передачі зазначених предметів іншій особі, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки.

Кримінальну відповідальність тягне недбале зберігання будь-якої вогнепальної зброї та будь-яких бойових припасів (у тоу числі гладкоствольної мисливської рушниці та бойових припасів до неї) незалежно від того, було воно законним чи незаконним.

Під загибеллю людей розуміється настання смерті хоча б однієї особи. Інші тяжкі наслідки — це заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній особі, середньої тяжкості — двом особам і більше, а також великої матеріальної шкоди будь-якій юридичній чи фізичній особі.

28. Звернути увагу судів на те, що під добровільною здачею органам влади зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, яка згідно з ч. 3 ст. 263 КК є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, необхідно розуміти такі дії, коли особа, маючи можливість і надалі зберігати будь-який із зазначених предметів, незалежно від мотивів за власним бажанням передає його відповідному державному органу.

29. Вирішуючи питання про речові докази у справах про злочини, пов’язані з незаконними діями зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, суди мають керуватись вимогами ст. 81 КПК.

30. При розгляді справ даної категорії судам необхідно посилити увагу до виявлення причин вчинення зазначених злочинів та умов, які цьому сприяли, і належним чином на них реагувати. Зокрема, не повинні лишатися поза увагою випадки недбалого ставлення відповідних працівників до зберігання зброї, бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв, радіоактивних матеріалів, залишення таких предметів без нагляду чи охорони, неналежного обладнання місць їх зберігання, порушення порядку їх обліку, видачі, транспортування та використання.

31. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 8 липня 1994 року № 6 «Про судову практику у справах про розкрадання, виготовлення, зберігання та інші незаконні діяння зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами».

Голова Верховного Суду України В. Ф. Бойко

Секретар Пленуму,
суддя Верховного Суду України М. П. Селіванов

9. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ ВИРОБНИЦТВА

Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 12 червня 2009 року № 7

Згідно зі статтею 43 Конституції України кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, а відповідно до статті 4 Закону України від 14 жовтня 1992 року № 2694-XII "Про охорону праці" (в редакції Закону від 21 листопада 2002 року № 229-IV) пріоритет життя і здоров'я працівників, повна відповідальність роботодавця за створення належних, безпечних і здорових умов праці є одним із основних принципів державної політики в галузі охорони праці.

Узагальнення судової практики у справах про злочини проти безпеки виробництва показало, що при вирішенні справ цієї категорії суди в основному правильно застосовують чинне законодавство.

Водночас при розгляді таких справ суди не завжди забезпечують повне і всебічне дослідження обставин вчинення зазначених злочинів. Суди ще припускаються помилок при кваліфікації дій винних осіб, а також при призначенні їм покарання. Не завжди встановлюються причини злочинів проти безпеки виробництва та умови, що сприяли їх вчиненню, а також не вживаються передбачені законом заходи щодо повного відшкодування завданих цими злочинами збитків.

З метою забезпечення однакового застосування судами законодавства у справах зазначеної категорії Пленум Верховного Суду України постановляє дати судам такі роз'яснення:

1. У справах про злочини проти безпеки виробництва судам необхідно підвищити вимогливість до якості досудового слідства з тим, щоб були вжиті всі передбачені законом заходи до всебічного, повного й об'єктивного розслідування всіх обставин справи, встановлення причинного зв'язку між допущеними порушеннями вимог законодавства про охорону праці та наслідками, що настали або могли настати. У кожній справі належить з'ясовувати обставини, пов'язані із заподіянням завданої злочином шкоди, і в установленому законом порядку вирішувати питання про її відшкодування.

2. Оскільки диспозиції статей 271–275 Кримінального кодексу України (далі – КК) є бланкетними, суди при попередньому розгляді справи повинні з'ясовувати, чи складено постанову про притягнення як обвинуваченого відповідно до вимог статті 132 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК), а обвинувальний висновок – статті 223 КПК, зокрема, чи вказані в них відповідні статті, пункти, параграфи законодавчих та інших нормативних актів, що регулюють безпеку виробництва, та які з них порушено.

3. Звернути увагу судів на необхідність поліпшення якості судового розгляду справ цієї категорії з метою забезпечення ретельного, всебічного

дослідження всіх обставин справи, виявлення всіх осіб, які вчинили злочин, визначення ступеня їх винності, встановлення причинного зв'язку між діянням підсудного та суспільно-небезпечними наслідками, що настали або могли настати. Якщо буде встановлено, що потерпілий допустив грубу необережність, то у разі визнання підсудного винним у вчиненні злочину необхідно враховувати цю обставину при призначенні покарання.

У випадку встановлення під час судового слідства причетності до злочину інших осіб, які не були притягнуті до кримінальної відповідальності, суди повинні вирішувати це питання згідно зі статтею 278 КПК.

У випадках коли для вирішення певних питань при провадженні у справі необхідні наукові, технічні або інші спеціальні знання, суд відповідно до вимог статті 75 КПК та роз'яснень постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 8 "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах" повинен призначити експертизу.

4. Виходячи з того, що для встановлення в діянні складу злочину диспозиції статей 271–275 КК відсилають до законодавчих та інших нормативних актів про охорону праці, спеціальних правил, які регулюють безпеку праці, суди, формулюючи визнане доведеним обвинувачення у справах цієї категорії, мають посилатись у вироку на відповідні статті Закону "Про охорону праці", статті, пункти (параграфи) законодавчих та інших нормативних актів, які порушено, і розкривати суть допущених порушень.

5. Судам необхідно враховувати, що за статтею 271 КК відповідальність настає за порушення вимог законодавства про охорону праці на виробництві. Відповідальність за порушення вимог законодавства щодо безпеки осіб під час здійснення іншої діяльності залежно від конкретних обставин справи настає за статтями КК про злочини проти життя та здоров'я особи, у сфері службової діяльності, проти довкілля тощо.

Як виробництво слід розуміти не тільки діяльність, пов'язану безпосередньо зі створенням продукції, а й будь-яку діяльність підприємства, установи, організації чи громадянина–суб'єкта підприємницької діяльності, в основі функціонування якої лежить праця людини, спрямована на одержання суспільно-корисного результату.

6. Суди повинні виходити з того, що статтею 271 КК охоплюються порушення загальних правил охорони праці, тобто тих, які поширюються на всі галузі та види виробництва, стосуються всіх працівників і забезпечують безпеку осіб, пов'язаних з виробництвом. Такі правила передбачені законами України: "Про охорону праці", від 24 лютого 1994 року № 4004-XII "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення", від 17 грудня 1993 року № 3745-XII "Про пожежну безпеку", від 2 березня 1995 року № 86/95-ВР "Про пестициди і агрохімікати", від 12 грудня 1991 року № 1972-XII "Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та соціальний захист населення" (в редакції Закону від 3 березня 1998 року № 155/98-ВР); Кодексом законів про працю України, постановами Кабінету Міністрів України, відомчими нормативно-правовими актами (інструкціями, положеннями, правилами), а також нормативними актами

підприємств, установ, організацій (накази, розпорядження керівників з питань охорони праці) тощо.

Порушення спеціальних правил безпеки, які стосуються виконання робіт з підвищеною небезпекою, діють на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах; порушення правил ядерної або радіаційної безпеки, безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд статтею 271 КК не охоплюються та потребують кваліфікації відповідно за статтями 272–275 КК.

7. Порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці (стаття 271 КК) полягає у вчиненні особою дій, які заборонені відповідними актами, або у невиконанні дій, які особа повинна була вчинити згідно з законодавчими або нормативними вимогами.

8. Судам необхідно враховувати, що суб'єктом злочину, передбаченого статтею 271 КК, є службова особа підприємства, установи, організації, яка на підставі наказу адміністрації, посадової інструкції чи відповідно до займаної посади має спеціальні обов'язки з охорони праці, або громадянин–суб'єкт підприємницької діяльності.

У разі порушення вимог законодавства про охорону праці, що потягло кримінально-правові наслідки, іншими службовими особами останні з урахуванням обставин справи можуть нести відповідальність за злочини у сфері службової діяльності, а рядові працівники – за злочини проти життя та здоров'я особи.

Потерпілими від аналізованого злочину можуть бути тільки особи, які мають постійний чи тимчасовий зв'язок з певним підприємством, установою, організацією чи з виробничою діяльністю громадянина–суб'єкта підприємницької діяльності (безпосередньо працюють, прибули у відрядження, на практику, стажування або діяльність яких пов'язана з цим виробництвом тощо).

Особи, які не пов'язані із зазначеним виробництвом, не можуть визнаватися потерпілими від цього злочину (представники контролюючих органів, замовники продукції чи послуг, особи, які випадково опинилися на території підприємства, установи, організації тощо).

9. При розгляді справ про порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою (стаття 272 КК) суди повинні керуватися Переліком робіт з підвищеною небезпекою, затвердженим наказом Державного комітету України з нагляду за охороною праці від 26 січня 2005 року № 15 (далі – Перелік), і законодавчим або нормативно-правовим актом (галузевим або міжгалузевим), у якому встановлено правила безпеки під час проведення відповідних робіт, що входять до Переліку, враховуючи, що в цьому випадку має значення не галузь виробництва, а сам характер таких робіт.

10. За статтею 272 КК може наставати відповідальність і при порушенні правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою у зв'язку з підприємницькою діяльністю, яка здійснюється без передбаченої законом державної реєстрації чи без одержання ліцензії на види діяльності, які підлягають ліцензуванню, або з порушенням умов такого ліцензування, а також

при зайнятті забороненими видами підприємницької діяльності або діяльності, за яку відповідальність установлено окремими статтями Особливої частини КК. У випадках поєднання порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою з діяннями, передбаченими іншими статтями Особливої частини КК, вчинене має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених статтею 272 КК та відповідною статтею Особливої частини КК, наприклад статтями 202–204, 263.

Потерпілими в результаті злочинних діянь, передбачених статтею 272 КК, можуть бути як учасники виробничого процесу, так і інші особи, які не мають до нього відношення.

11. Відповідно до статті 273 КК як правила безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах слід розуміти будь-які нормативно-правові акти (закони, постанови, інструкції, правила тощо), що містять відповідні норми. При цьому слід мати на увазі, що вони не обмежуються лише правилами поводження з вибуховими речовинами, за порушення яких передбачено кримінальну відповідальність у статті 267 КК. Правила попередження вибухів та захисту від вибухів, які діють на вибухонебезпечних підприємствах і в цехах, охоплюють не лише поведінку з вибуховими речовинами, а й вимоги до дотримання технологічної дисципліни, виконання окремих видів робіт на виробництві, де такі речовини не використовуються. Належність підприємства (цеху) до вибухонебезпечних визначається категорією і класом виробництва, встановленими технологічним регламентом. Тому суди повинні звертати увагу на наявність у справах про злочини, передбачені статтею 273 КК, нормативних документів (наказів, положень, регламентів тощо) про віднесення підприємства (цеху) до певної категорії (класу) вибухонебезпечності.

Суди повинні виходити з того, що вибухобезпечність – це стан виробничого процесу, за якого виключається можливість вибуху або у випадку його виникнення виключається вплив на людей небезпечних і шкідливих факторів, що пов’язані з вибухом, та забезпечується зберігання матеріальних цінностей.

Для визначення змісту порушення правил вибухобезпечності суди мають звертатися до відповідних законодавчих, відомчих чи локальних нормативних актів.

12. Звернути увагу судів, що порушення на вибухонебезпечному підприємстві (у цеху) інших правил безпеки, наприклад про охорону праці, не містить ознак передбаченого статтею 273 КК злочину. У такому випадку зазначене діяння слід кваліфікувати за статтею 271 КК.

Не можна також кваліфікувати за статтею 273 КК діяння, що викликало вибух і заподіяло шкоду здоров’ю потерпілого або загибель людей на виробництві, не віднесеному в установленому порядку до вибухонебезпечного. Такі дії залежно від конкретних обставин належить кваліфікувати як службову недбалість (стаття 367 КК), злочини проти безпеки виробництва (статті 271, 272 КК) або проти життя та здоров’я особи (статті 119, 128 КК).

13. Порушення на вибухонебезпечному підприємстві (у цеху) встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, якщо воно могло спричинити вибух чи пожежу або спричинило вибух, за відсутності людських жертв, інших тяжких наслідків підлягає кваліфікації за частиною першою статті 273 КК.

Те саме діяння, якщо воно спричинило вибух і пожежу з наслідками, які не є тяжкими, кваліфікується за сукупністю частини першої статті 270 і частини першої статті 273 КК.

Порушення на вибухонебезпечному підприємстві (у цеху) встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, якщо воно спричинило вибух і пожежу, що призвело до загибелі людей, майнової шкоди в особливо великому розмірі або інших тяжких наслідків, має кваліфікуватися за сукупністю частини другої статті 270 та частини другої статті 273 КК.

Те саме діяння, якщо воно спричинило пожежу з такими ж наслідками, належить кваліфікувати за сукупністю частини другої статті 270 та частини першої статті 273 КК.

Потерпілими від злочину, передбаченого статтею 273 КК, можуть бути як працівники вибухонебезпечних підприємств (цехів), так і сторонні особи.

14. Місцем вчинення передбаченого статтею 273 КК злочину не можуть визнаватися об'єкти невиробничого призначення, наприклад, опалювальні котельні, бойлерні, паросилові цехи, трансформаторні підстанції тощо.

Водночас порушення правил вибухобезпеки у виробничих підрозділах, які перебувають у складі військових частин, навчальних закладів чи наукових установ і які в установленому порядку віднесені до певної категорії вибухонебезпечності, охоплюється статтею 273 КК.

15. Як правила ядерної або радіаційної безпеки, за порушення яких встановлено кримінальну відповідальність за статтею 274 КК, слід розуміти будь-які законодавчі та нормативно-правові акти, які регламентують вимоги безпеки на виробництві щодо робіт з радіоактивними матеріалами, тобто матеріалами, здатними до самовільного поділу, що супроводжується виділенням тепла, а також альфа-, бета- і гамма-випромінюванням, порядок обігу яких регламентовано спеціальними законодавчими і нормативними актами (закони України: від 8 лютого 1995 року № 39/95-ВР "Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку", від 30 червня 1995 року № 255/95-ВР "Про поводження з радіоактивними відходами", від 14 січня 1998 року № 15/98-ВР "Про захист людини від впливу іонізуючого випромінювання", від 19 листопада 1997 року № 645/97-ВР "Про видобування і переробку уранових руд", від 11 січня 2000 року № 1370-XIV "Про дозвільну діяльність у сфері використання ядерної енергії"; постанова Кабінету Міністрів України від 6 грудня 2000 року № 1782 "Про затвердження Порядку ліцензування окремих видів діяльності у сфері використання ядерної енергії"; Умови та правила провадження діяльності з виробництва джерел іонізуючого випромінювання, затверджені наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 20 березня 2001 року № 111; Загальні положення забезпечення безпеки атомних станцій, затверджені наказом Державного комітету ядерного регулювання

України від 19 листопада 2007 року № 162; Вимоги та умови безпеки (ліцензійні умови) провадження діяльності з використання джерел іонізуючого випромінювання, затверджені наказом цього ж Комітету від 2 грудня 2002 року № 125, тощо).

Як поняття "ядерна безпека" слід розуміти дотримання норм, правил, стандартів і умов використання ядерних матеріалів з метою забезпечення радіаційної безпеки, а "радіаційна безпека" – це дотримання допустимих меж радіаційного впливу на персонал, населення і довкілля, що встановлені названими вище нормами, правилами, стандартами тощо.

Потерпілими від злочину, передбаченого статтею 274 КК, можуть бути як працівники виробництва, на якому використовуються ядерні або радіаційні матеріали, так і сторонні особи.

16. Суб'єктом злочинів, передбачених статтями 272–274 КК, можуть бути особи, на яких покладено обов'язок забезпечувати додержання правил безпеки при виконанні певних робіт чи на відповідних підприємствах. Це можуть бути: громадяни–суб'єкти підприємницької діяльності, службові особи (керівники робіт, інженерно-технічні працівники), робітники і службовці відповідних підприємств (цехів) та виробництв. Сторонні для цих підприємств (цехів), виробництв особи (екскурсанти, робітники інши установ та організацій тощо) можуть нести відповідальність за вказаними статтями у випадках, якщо до їхнього відома у встановленому порядку було доведено правила безпеки на відповідних об'єктах.

17. До правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції, а також безпечної експлуатації будівель і споруд, за порушення яких передбачено кримінальну відповідальність за статтею 275 КК, належать стандарти (державні, галузеві, окремих підприємств), будівельні норми і правила, окремі рішення компетентних органів про заборону використання певних матеріалів, сировини, напівфабрикатів, акти, в яких установлено гранично допустимі концентрації шкідливих речовин у готовій продукції, приписи державних інспекторів наглядових органів тощо.

18. Заподіяння шкоди в процесі створення промислової продукції внаслідок порушення правил охорони праці статтею 275 КК не охоплюється. За наявності відповідних підстав такі дії слід кваліфікувати за статтею 271 КК.

Враховуючи те, що статтею 275 КК встановлено відповідальність за шкоду, заподіяну в ході експлуатації вже готових, завершених будівництвом об'єктів, порушення правил безпеки в ході будівельних робіт слід кваліфікувати (з урахування конкретних обставин справи) за статтями 271, 272 чи іншими статтями Особливої частини КК.

Не охоплюються злочином, передбаченим статтею 275 КК, також діяння, вчинені в ході утилізації продукції, ремонту, демонтажу або при переміщенні будівель і споруд.

19. Передбачений статтею 275 КК злочин слід відмежовувати від злочину, визначеного статтею 227 КК (випуск або реалізація недоброякісної продукції), предметом якого є недоброякісна і некомплектна продукція чи товари, що випускаються на товарний ринок або реалізуються безпосередньо споживачеві.

У той же час одним із предметів злочину, передбаченого статтею 275 КК, є промислова продукція, що не відповідає вимогам, які забезпечують безпеку її використання, тобто коли при використанні такої продукції (товару) було створено реальну загрозу загибелі людей, настали інші тяжкі наслідки або заподіяно шкоду здоров'ю потерпілого. У таких випадках особа, яка при розробленні, конструюванні, виготовленні або зберіганні продукції допустила порушення правил, що стосуються безпечного її використання, несе відповідальність за частиною першою або частиною другою статті 275 КК. За відсутності перелічених вище наслідків дії особи слід кваліфікувати за статтею 227 КК.

20. Відповідальність за злочини, передбачені статтями 271–275 КК, настає незалежно від форми власності підприємства, на якому працює винна особа.

21. Поняття "шкода здоров'ю потерпілому" (частина перша статті 271, частина перша статті 272, частина перша статті 273, частина перша статті 274, частина перша статті 275 КК) охоплює випадки, пов'язані із заподіянням особі середньої тяжкості чи легких тілесних ушкоджень, що спричинили короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності.

Як поняття "загроза загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків" (частина перша статті 272, частина перша статті 273, частина перша статті 274, частина перша статті 275 КК) необхідно розуміти такі зміни у стані виробничих об'єктів, підприємств, унаслідок яких виникає реальна небезпека життю людей або реальна небезпека заподіяння (настання) шкоди вказаним у цих статтях благам. Тяжкість ймовірних наслідків визначається залежно від цінності благ, які поставлено під загрозу, кількості осіб, які можуть постраждати від небезпечних дій, розміру можливої матеріальної шкоди тощо.

"Загибель людей" – це випадки смерті однієї або кількох осіб.

Як "інші тяжкі наслідки" (частина друга статті 271, частина друга статті 272, частина друга статті 273, частина друга статті 274, частина друга статті 275 КК) слід розуміти випадки заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині, середньої тяжкості тілесних ушкоджень двом і більше особам, шкоди у великих розмірах підприємству, установі, організації чи громадянам, а так само тривалий простій підприємств, цехів або їх виробничих дільниць.

22. Якщо під час виконання різних робіт за допомогою транспортних засобів було порушено правила безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту, відповідальність настає саме за порушення цих правил, незалежно від місця, де їх було порушено.

Якщо ж особа під час виконання таких робіт (навіть під час руху чи експлуатації транспорту) порушила не ці, а інші правила (наприклад, правила охорони праці, правила безпеки на вибухонебезпечних підприємствах тощо), її дії за наявності до того підстав підлягають кваліфікації за статтями КК, які передбачають відповідальність за недодержання саме інших правил, а у відповідних випадках – за злочини проти життя та здоров'я особи або за знищення чи пошкодження майна.

23. Звернути увагу судів, що у випадках, коли при вчиненні злочинів, передбачених статтями 271–275 КК, одночасно настали наслідки, передбачені

різними частинами цих статей, усі ці наслідки повинні бути зазначені у вироку, а дії особи належить кваліфікувати тільки за тією частиною статті КК, яка передбачає відповідальність за більш тяжкі наслідки.

24. При призначенні покарання особам, винним у вчиненні злочинів, передбачених статтями 271–275 КК, суди, враховуючи запобіжне значення додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, повинні обговорювати питання про застосування такого покарання.

25. Маючи на увазі, що злочини проти безпеки виробництва заподіюють шкоду здоров'ю людей, а іноді призводять до їх загибелі, завдають матеріальних збитків підприємству, суди повинні ретельно з'ясовувати причини цих злочинів й умови, що сприяли їх вчиненню, та у визначеному законом порядку реагувати на встановлені у справі факти порушення закону.

26. Визнати такими, що втратили чинність, постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 жовтня 1982 року № 6 "Про судову практику в справах, пов'язаних із порушеннями вимог законодавства про охорону праці" (зі змінами, внесеними згідно з постановами від 3 жовтня 1986 року № 9, від 12 жовтня 1989 року № 10, від 4 червня 1993 року № 3, від 3 грудня 1997 року № 12, від 3 березня 2000 року № 4) та від 3 жовтня 1986 року № 9 "Про практику застосування судами України законодавства і виконання постанови Пленуму Верховного Суду України у справах, пов'язаних з порушеннями вимог законодавства про охорону праці" (зі змінами, внесеними згідно з постановами від 4 червня 1993 року № 3 та від 3 грудня 1997 року № 12).

Голова
Верховного Суду України В. В. Онопенко

Секретар
Пленуму Верховного Суду України Ю. Л. Сенін

Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці*

(Витяг)

У ст. 43. Конституції України закріплено право кожного громадянина на належні, безпечні умови праці. Ця норма є похідною від іншого конституційного принципу, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3).

Реалізація конституційного права громадян на охорону їх життя і здоров'я в процесі трудової діяльності поряд з іншими законодавчими та нормативними актами регулюється Законом від 14 жовтня 1992 р. № 2694-XII «Про охорону праці» (далі — Закон № 2694-XII). У ч. 1 ст. 6 цього Закону сказано, що умови

* Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України у відставці П. О. Самелюком та головним консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики О. С. Іщенко.

праці на робочому місці, безпека технологічних процесів, машин, механізмів, устаткування та інших засобів виробництва, стан засобів колективного та індивідуального захисту, що використовуються працівником, а також санітарно-побутові умови повинні відповідати вимогам законодавства. Його дія поширюється на всі підприємства, установи, організації незалежно від форм власності та видів діяльності, а також на всіх громадян, які працюють або залучені до праці на цих підприємствах.

У ст. 44 Закону № 2694-XII встановлено, що працівники, винні в порушенні законодавства про охорону праці, несуть кримінальну, адміністративну, дисциплінарну чи матеріальну відповідальність згідно з чинним законодавством. Зміцнення трудової і виробничої дисципліни на підприємствах, в установах та організаціях, зниження рівня можливості виникнення небезпечних та шкідливих виробничих факторів залежить і від судів, які розглядають кримінальні справи про порушення правил охорони праці.

Якість досудового слідства. Причини повернення справ на додаткове розслідування

В узагальненні акцентується увага на справах про злочини, склад яких передбачений статтями 271 та 272 КК.

Відповідно до ст. 112 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) досудове слідство в таких справах провадиться слідчими прокуратури.

Загалом якість досудового слідства у справах названої категорії задовільна. Водночас окремими слідчими були допущені серйозні помилки при застосуванні норм кримінального та кримінально-процесуального зконодавств. Так, кваліфікуючи дії особи за ст. 271 або ст. 272 КК, слідчі не завжди враховували, що диспозиції цих статей є бланкетними. Тому при їх застосуванні необхідно встановити не лише те, які саме законодавчі та інші нормативно-правові акти порушено при вчиненні певного діяння, а й визначити, вимоги яких статей, пунктів, параграфів не дотримано обвинуваченим, а також розкрити суть допущених порушень. Наприклад, для встановлення того, чи належать певні види діяльності до робіт із підвищеною небезпекою (ст. 272 КК), слід звернутися до спеціальних законодавчих та нормативних актів, якими є Закон від 18 січня 2001 р. № 2245-III «Про об'єкти підвищеної небезпеки» та Перелік робіт з підвищеною небезпекою, затверджений наказом Державного комітету України з нагляду за охороною праці від 26 січня 2005 р. № 15 (далі — Перелік 2005 р.). Раніше діяв Перелік робіт з підвищеною небезпекою, затверджений наказом цього Комітету від 30 листопада 1993 р. № 123 (далі — Перелік 1993 р.).

Слідчі не завжди всебічно й повно досліджували об'єктивну сторону злочину. Зокрема, в багатьох випадках не проводили огляд місця події, не призначали технічних експертиз тощо.

Наприклад, машиніст гірничо-виймальних машин шахти «Великомостівська» П. був притягнутий до кримінальної відповідальності за те, що, порушивши вимоги п. 123 Інструкції з охорони праці для машиністів гірничо-виймальних робіт, не переконався у безпечності проведення маневру і

запустив комбайн, частинами якого (що оберталися) був смертельно травмований помічник начальника дільниці С. Слідчий прокуратури м. Червонограда Львівської області, кваліфікувавши дії П. за ч. 2 ст. 272 КК, не послався на Перелік 2005 р. і не дослідив, які саме роботи чи дії обвинуваченого призвели до нещасного випадку, не провів огляд місця події, не призначив судово-технічної експертизи у справі, внаслідок чого не був установлений причинний зв'язок між діями обвинуваченого та наслідками.

В іншій справі за обвинуваченням начальника дільниці С. та бригадира прохідників К. шахти «Краснолиманська» за ч. 2 ст. 272 КК слідчий прокуратури м. Красноармійська Донецької області пред'явив неконкретне обвинувачення. При цьому він не дослідив і не вказав, з якої причини стався обвал у забої, внаслідок чого загинули три і травмований один працівник. У постановах про пред'явлення обвинувачення слідчий лише вказав на статті Закону від 14 жовтня 1992 р. № 2694-XII, не розкривши їх зміст, і сформулював обвинувачення таким чином, ніби порушення С. і К. полягало у тому, що один із них видав наряд на виконання робіт, а інший — отримав цей наряд. А це не могло бути причиною нещасного випадку. Об'єктивна сторона злочину слідчим не досліджена

Водночас є справи, в яких слідчі ставили експертам питання, вирішення яких не належить до їхньої компетенції, а є прерогативою слідчого та суду. Наприклад, чи перебували у причинному зв'язку дії особи, яка порушила правила охорони праці, з наслідками, що настали?

Так, вироком Стрийського міськрайонного суду Львівської області від 18 травня 2004 р. Т. засуджений за ч. 2 ст. 271 КК за те, що він як технічний директор ТОВ НВП «Сіріон» порушив вимоги ст. 18 Закону від 14 жовтня 1992 р. №2694-XII та ряд пунктів чинного на той час Типового положення про навчання з питань охорони праці, а саме: без попереднього спеціального навчання і перевірки знань із питань охорони праці допустив до роботи на верстаті з обробки деревини у лісопильному цеху ТОВ с. П'ятничани Стрийського району М., яка під час виконання роботи круглопильним верстатом ампутувала собі кисть правої руки. Розслідуючи цю справу, слідчий прокуратури Стрийського району Львівської області не провів огляд місця події (лісопильного цеху), не приєднав до матеріалів справи протокол огляду місця події, складений відомчою комісією, яка розслідувала нещасний випадок на виробництві, хоча в акті розслідування вказано і у висновку технічної експертизи підтверджено, що верстат не обладнаний належним захисним пристроєм. Слідчий також необґрунтовано поставив технічним експертам питання про наявність причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) Т. і наслідками. Водночас він не дослідив питання про класифікацію виконуваної потерпілою роботи і не звернув уваги на висновок експертів про те, що роботи з обробки деревини належать до робіт із підвищеною небезпекою. Тому дії Т. необхідно було кваліфікувати за ч. 2 ст. 272 КК.

Факти неправильної кваліфікації дій обвинувачених та підсудних непоодинокі.

Жовтневий районний суд м. Дніпропетровська погодився з кваліфікацією за ч. 1 ст. 271 КК дій Б., який, працюючи виконробом ТОВ «Індустрійбуд», порушив ряд законодавчих та нормативно-правових актів про охорону праці, внаслідок чого будівельник Ш. впав з 10-го поверху новобудови і загинув. Оскільки на підставі п. 100 Переліку 1993 р. роботи на висоті віднесені до робіт із підвищеною небезпекою, дії Б. підлягали кваліфікації за ч. 2 ст. 272 КК.

У іншій справі старший слідчий Вознесенської міжрайонної прокуратури Миколаївської області неправильно кваліфікував за ч. 1 ст. 271 КК дії посадових осіб ТОВ «ВПК» Л. і К., з вини яких отруїлись аміаком й отримали тілесні ушкодження працівники компресорного цеху Т. та Ч., які виконували ремонтні роботи у холодильній камері. Зважаючи на те, що п. 29 та п. 113 Переліку 1993 р. роботи з обслуговування, ремонту та експлуатації холодильних установок віднесені до робіт із підвищеною безпекою, дії зазначених осіб необхідно було кваліфікувати за ч. 1 ст. 272 КК.

Неякісне досудове розслідування справ, зокрема невизначеність із суб'єктом злочину, також є однією з причин повернення справ на додаткове розслідування.

Наприклад, при розгляді Баштанським районним судом Миколаївської області кримінальної справи щодо І., який обвинувачувався у вчиненні злочину, склад якого передбачений ч. 2 ст. 271 КК, прокурор заявив клопотання про направлення справи на додаткове розслідування для дослідження питання, чи був обвинувачений суб'єктом цього злочину.

Суб'єкт зазначених злочинів спеціальний, його ознаки викладені у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 жовтня 1982 р. № 6 «Про судову практику в справах, пов'язаних із порушеннями вимог законодавства про охорону праці» (далі — Постанова від 10 жовтня 1982 р. № 6). Деякі слідчі не враховували цих роз'яснень і не всіх винних у порушенні законодавства про охорону праці притягали до відповідальності, внаслідок чого справи поверталися на додаткове розслідування з мотивів неповноти досудового слідства.

У практиці судів трапляються випадки незаконного повернення справ прокурору для проведення додаткового розслідування зі стадії попереднього розгляду справи.

Так, постановою Первомайського міського суду Луганської області на підставі ст. 246 КПК повернено на додаткове розслідування справу за обвинуваченням Н. та Б. згідно з ч. 2 ст. 272 КК, які були притягнуті до відповідальності за те, що вони як посадові особи шахти «Первомайськвугілля» (відповідно — заступник начальника дільниці та гірничий майстер) не забезпечили безпечних умов праці, внаслідок чого під обвалом породи загинув П. У постанові суд дав оцінку зібраним у справі доказам, вказав на їх неповноту та неконкретність пред'явленого обвинувачення. За апеляцією помічника прокурора Апеляційний суд Луганської області постанову місцевого суду скасував і направив справу на новий судовий розгляд, зазначивши, що застосування ст. 246 КПК неприпустиме, якщо неповнота розслідування може бути усунута в судовому засіданні.

Згідно з п. 11 ч. 1 ст. 6 КПК кримінальна справа підлягає закриттю, якщо існує не скасована постанова слідчого про відмову в порушенні справи за тим самим фактом.

Цю вимогу закону порушено при розслідуванні та судовому розгляді кримінальної справи щодо Н., який був засуджений Карлівським районним судом Полтавської області за ч. 2 ст. 271 КК. У справі є не скасована прокурором постанова слідчого прокуратури Карлівського району про відмову в порушенні кримінальної справи щодо Н. за тими ж обставинами — загибель людини внаслідок порушення вимог законодавства про охорону праці.

Судовий розгляд справ

Аналіз справ, які надійшли для узагальнення, показав, що судді переважно дотримуються передбачених у статтях 241, 256 КПК строків розгляду справи. Проте деякі суди Донецької, Дніпропетровської, Черкаської, Вінницької, Сумської та деяких інших областей допускали порушення цих строків.

Так, Тернівський міський суд Дніпропетровської області протягом двох років розглядав справу за обвинуваченням Д. за ч. 2 ст. 272 КК. Причини відкладення слухання справи були різні: неявка в судове засідання свідків, адвоката, а також невиправдано великі (два-три місяці) строки перерв у слуханні справи.

У іншій справі — за обвинуваченням Ц. та Х. за ч. 1 ст. 272 КК, яка надійшла до Єнакіївського міського суду Донецької області 8 січня 2004 р., попередній розгляд був призначений суддею на 6 лютого цього ж року, але фактично розгляд справи суддя не провадив. У справі відсутні постанови судді про проведення попереднього розгляду і про призначення справи до судового розгляду. Розгляд справи по суті почався 3 березня 2004 р., а вирок постановлено 19 липня 2004 р. До того ж слухання неодноразово відкладалося з причин неявки свідків. Таким чином, справу фактично не було вирішено протягом шести місяців одинадцяти днів.

Лебединський районний суд Сумської області понад рік розглядав кримінальну справу за обвинуваченням П. за ч. 2 ст. 271 КК. Справа надійшла до суду 8 січня 2003 р., була призначена до розгляду на 3 березня цього ж року, а вирок постановлений 4 лютого 2004 р. Слухання переносилося понад 10 разів у зв'язку із розглядом суддею і прокурором іншої справи, неявкою підсудного, свідків, витребуванням судом додаткових матеріалів тощо.

Можна навести чимало подібних прикладів.

Статтями 53 та 254 КПК передбачений обов'язок суду забезпечити права потерпілих від злочинів. Не всі суди дотримуються цих вимог закону.

Так, без виклику та участі в судовому засіданні потерпілого Карлівський районний суд Полтавської області розглянув справу за обвинуваченням Н. за ч. 2 ст. 271 КК.

Деякі суди під час розгляду справ не звертають уваги на ігнорування органами досудового слідства бланкетності диспозицій статей 271 та 272 КК, від чого потерпає повнота з'ясування і висвітлення у вироку об'єктивної сторони злочину, зокрема причинного зв'язку, а також правильність кваліфікації дій підсудного.

У вироку Київського районного суду м. Полтави щодо М., засудженого за ч. 2 ст. 272 КК, лише зазначено, що засуджений допустив порушення правил безпеки під час виконання робіт, пов'язаних із підвищеною небезпекою, але не вказано, які статті, пункти яких саме законодавчих або нормативних актів він порушив. Подібні випадки трапляються в судовій практиці всіх регіонів. Наприклад, із чотирьох вивчених Апеляційним судом Одеської області справ зазначеної категорії тільки в одній органи досудового слідства і суд зробили посилання на нормативні акти, які були порушені.

Неврахування деякими судами бланкетного характеру диспозицій статей 271 та 272 КК зумовило неправильну кваліфікацію дій засуджених у багатьох вивчених справах: така кваліфікація простежується з моменту пред'явлення особі обвинувачення на досудовому слідстві. Місцеві суди з підстав неправильної кваліфікації дій підсудних кримінальні справи на додаткове розслідування не повертали. Проте автори узагальнення та апеляційні суди при вивченні справ цієї категорії виявили багато випадків неправильної кваліфікації дій засуджених судами першої інстанції.

Солом'янський районний суд м. Києва засудив У. та П. за ч. 2 ст. 271 КК за те, що У., працюючи виконробом закритого акціонерного товариства «Оболонь», а П. — виконробом державного підприємства «Рембудкомплект», не забезпечили безпечних умов праці на будівельному майданчику по вул. Кадетський гай, 3 у м. Києві. Внаслідок цього двоє мулярів, які працювали на кладці стіни 5-го поверху будинку, загинули від травм, отриманих від падіння на них з висоти 10-го поверху піноблоків, а одному муляру були спричинені легкі тілесні ушкодження. Згідно з висновком будівельно-технічної експертизи та іншими матеріалами справи, у діях У. і П. вбачалися порушення безпеки на будівництві, в тому числі при проведенні робіт із переміщення вантажів кранами. Враховуючи бланкетний характер диспозиції статей 271 та 272 КК, суд повинен був звернутися до законодавчих і нормативно-правових актів про охорону праці та безпеку виробництва, зокрема до Законів № 2694-XII та № 2245-III і Переліку 1993 р., які до таких робіт відносять і роботи з будівництва та монтажу будинків, роботи на висоті, вантажно-розвантажувальні роботи за допомогою машин і механізмів. Виходячи з наведеного та аналізу матеріалів справи, можна зробити висновок, що своїми діями У. і П. порушили спеціальні правила із забезпечення безпеки будівельних робіт, а тому їхні дії необхідно було кваліфікувати не за ч. 2 ст. 271 КК, а за спеціальною нормою, в якій передбачено відповідальність за такі дії, а саме за ч. 2 ст. 272 КК.

Подібну помилку допускали Дніпровський районний суд м. Києва, суди Вінницької, Одеської, Закарпатської, Дніпропетровської, Сумської та інших областей. За відсутності апеляцій апеляційні суди були позбавлені можливості виправити судові помилки судів першої інстанції.

У судовій практиці трапляються також випадки неправильної кваліфікації дій засуджених внаслідок неточного визначення слідчим і судом правового статусу засудженого і потерпілих.

Марганецький міський суд Дніпропетровської області вироком, постановленим за статтями 119 і 128 КК, засудив машиніста підйомного крана С., який порушив правила роботи на крані. Як наслідок — кран перекинувся і впала люлька, в якій перебували монтажники, один з яких загинув, а два одержали тяжкі тілесні ушкодження. Потерпілі і засуджений С. були працівниками будівельного управління, тому в його діях вбачаються ознаки злочину, склад якого передбачений ч. 2 ст. 272 КК. Вирок не оскаржений.

В іншому випадку Савранський районний суд Одеської області засудив згідно з ч. 2 ст. 272 КК електромонтера місцевого РЕМ П. за те, що внаслідок порушення останнім норм безпечного проведення робіт із монтажу електромережі був смертельно травмований житель села. Така кваліфікація дій П. є неправильною. Враховуючи, що смертельну травму отримав не працівник РЕМ, а стороння особа, дії засудженого підлягали кваліфікації за ст. 119 КК. Вирок не оскаржений.

Подібних помилок у правовій оцінці вчиненого припускалися й інші суди, які не враховували, що об'єктом злочинного посягання, передбаченого статтями 271 та 272 КК, є безпечні умови праці.

Відповідно до роз'яснень, наведених у п. 9 Постанови від 10 жовтня 1982 р. № 6, потерпілими внаслідок злочинних порушень правил охорони праці можуть бути як працівники підприємства, так і інші особи, постійна або тимчасова діяльність яких пов'язана з цим виробництвом. До останніх належать, зокрема особи, які прибули на виробництво у відрядження, на практику, стажування. Це також можуть бути робітники, студенти, учні, що надають шефську допомогу підприємствам, організаціям, тощо.

Наведемо також приклад правильної кваліфікації дій підсудного.

Ямпільський районний суд Сумської області правильно кваліфікував за ч. 2 ст. 272 КК дії вальщика Чуйківського лісництва Є., котрий порушив правила охорони праці при зрізанні дерева, яке, впавши, спричинило тяжкі тілесні ушкодження неповнолітньому П. Досліджуючи зв'язок потерпілого з роботою у лісництві, слідчий і суд послалися на наказ директора Чуйківської загальноосвітньої школи про проведення уроків трудового навчання (збір порубочних залишків) учнями сьомих класів у Чуйківському лісництві.

У випадках, коли внаслідок порушення правил охорони праці на виробництві заподіяно шкоду здоров'ю громадян, які не є його працівниками, винні, залежно від характеру злочинних дій, мають нести відповідальність за статтями про посадові злочини або про злочини проти особи.

Судові вироки у справах названої категорії оскаржувалися лише в окремих випадках, здебільшого за апеляціями засуджених у зв'язку з невизнанням вини у вчиненні злочину.

Так, Апеляційний суд Харківської області ухвалою за апеляцією засудженого скасував з направленням на додаткове розслідування вирок Шевченківського районного суду Харківської області щодо старшого майстра аварійно-диспетчерської служби ТОВ «Харківгаз» У., який засуджений за ч. 2 ст. 271 КК за те, що залучив слюсаря П. до виконання робіт на тракторі Т-40, що не входило в обов'язки останнього. Внаслідок удару дверима трактора по

голові П. отримав смертельну травму. Апеляційний суд обґрунтовано повернув справу на додаткове розслідування з мотивів неповноти досудового і судового слідства, зазначивши в ухвалі, що слідчому необхідно оглянути місце нещасного випадку, провести відтворення обстановки та обставин події, провести судово-технічну та комплексну судово-медичну експертизи, оглянути трактор та виконати ряд інших слідчих дій з метою усунення прогалин слідства та конкретизації обвинувачення.

Апеляційні суди скасовували деякі вироки також через неправильне вирішення судами першої інстанції питань щодо цивільних позовів, заявлених потерпілими.

Апеляційний суд Дніпропетровської області за апеляціями прокурора і потерпілої в частині цивільного позову скасував вирок Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу щодо Б., засудженого за ч. 2 ст. 272 КК. Вироком суду з Б. на користь потерпілої стягнуто 20 тис. грн. на відшкодування моральної шкоди. Скасовуючи вирок, апеляційний суд послався на те, що районний суд не врахував втрату потерпілою батька і годувальника, а взяв до уваги економічне становище підприємства, яке перебувало в стадії банкрутства. Однак документів, які б цей факт підтвердили, суд не витребував. Справу повернено на новий судовий розгляд у порядку цивільного судочинства.

В іншій справі Апеляційний суд Запорізької області за апеляцією потерпілої скасував у частині вирішення цивільного позову вирок Хортицього районного суду м. Запоріжжя щодо Л., засудженого за ч. 2 ст. 271 КК. Суд першої інстанції відмовив потерпілій у задоволенні позовних вимог до Фонду соціального страхування (далі — Фонд) — 90 тис. грн за моральну шкоду. Скасовуючи вирок у цій частині, апеляційний суд вказав, що суд першої інстанції не врахував деякі статті Закону від 23 вересня 1999 р. №1105-XIV «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» та відповідне рішення Конституційного Суду України від 27 січня 2004 р. № 1-рп/2004 (справа про відшкодування моральної шкоди фондом соціального страхування) про обов'язок Фонду у повному обсязі відшкодувати шкоду, у тому числі моральну. Справу повернено на новий судовий розгляд у порядку цивільного судочинства.

Питання вирішення цивільних позовів про відшкодування матеріальної і моральної шкоди потерпілим

Згідно зі ст. 328 КПК суд, постановляючи обвинувальний вирок, залежно від доведеності підстав і розміру цивільного позову, задовольняє цивільний позов повністю або частково чи відмовляє в ньому.

Під час вивчення й аналізу розглянутих місцевими судами справ установлено: не зважаючи на те, що потерпілим унаслідок порушення вимог законодавства про охорону праці було заподіяно фізичну, матеріальну і моральну шкоду, цивільні позови про її відшкодування заявлялися потерпілими не в усіх справах, за якими були винесені обвинувальні вироки, хоча в кожній справі органи слідства визнавали особу потерпілою, з'ясовували заподіяну їй

шкоду, роз'яснювали права на її відшкодування. Заподіяна у зв'язку з лікуванням матеріальна шкода була у більшості випадків відшкодована в період досудового слідства.

Не заявлялися цивільні позови у справах вказаної категорії, розглянутих судами Черкаської, Київської, Полтавської, Одеської, Закарпатської, Херсонської, Рівненської, Донецької та Львівської областей. Відсутність позовів зумовлена відмовою потерпілих від позовних вимог.

Помилки, допущені місцевими судами при вирішенні цивільних позовів усувались апеляційними судами за апеляціями потерпілих або їх представників.

Так, Апеляційний суд Миколаївської області скасував у частині вирішення цивільного позову вирок Вознесенського міськрайонного суду щодо Б. (ч. 2 ст. 271КК) у зв'язку з тим, що цей суд не навів конкретних підстав для часткового задоволення позовних вимог представника потерпілої про відшкодування моральної шкоди і не визначив правових підстав для цього, тому що не послався на матеріальний закон, відповідно до якого вирішив позов. Справа в цій частині повернена на новий судовий розгляд у порядку цивільного судочинства. Цей же апеляційний суд скасував у частині вирішення цивільного позову вирок Миколаївського районного суду м. Миколаєва щодо Б. (ч. 2 ст. 272 КК) через те, що суд на порушення вимог статей 441, 450 ЦК, у яких передбачено обов'язок власника джерела підвищеної небезпеки відшкодувати збитки, завдані з вини його працівника, постановив стягнути їх із засудженого.

Практика призначення покарання

Оскільки злочини проти безпеки виробництва за формою вини є необережними, суди в більшості випадків призначали засудженим покарання, не пов'язані з позбавленням волі, наприклад виправні роботи, штраф тощо. Враховуючи форму вини, відсутність смертельних випадків із людьми, підпадання певної частини винних осіб під дію закону про амністію, призначення таких видів покарання можна визнати обґрунтованим.

При обранні засудженим покарання у виді обмеження чи позбавлення волі суди широко застосовували звільнення засуджених від відбування покарання на підставі ст. 75 КК або застосовували ст. 69 КК і призначали більш м'яке покарання або не призначали обов'язкового додаткового покарання. Така практика не може бути визнана правильною і такою, що забезпечує виконання вимог статей 50 та 65 КК, особливо у справах, в яких наслідком протиправних дій засуджених була смерть потерпілих.

Так, Краснодонський міськрайонний суд Луганської області засудив гірничого майстра шахти ім. 50-річчя СРСР Я. за ч. 2 ст. 272 КК із застосуванням ст. 69 КК на п'ять років позбавлення волі без позбавлення права обіймати певні посади. На підставі ст. 75 КК Я. був звільнений від покарання з іспитовим строком тривалістю три роки з покладенням певних обов'язків, передбачених пунктами 2—4 ч. 1 ст. 76 КК. Я. визнано винним у порушенні правил безпеки під час виконання робіт із підвищеною небезпекою, а саме: він, порушуючи правила ведення підземних робіт і знаючи, що гірник Г. працює у відсіку з видобутку вугілля, з метою прискорення робіт дав вказівку іншому гірнику виконати певні дії за допомогою спеціальної установки, яка смертельно

травмувала Г. Своїми діями Я. грубо порушив правила безпеки, що спричинило загибель людини. За таких обставин призначення йому покарання із застосуванням ст. 75 КК є занадто м'яким. Окрім того, суд, застосувавши ст. 69 КК, не конкретизував, у частині основного чи додаткового покарання або яку частину статті застосовано.

У деяких вироках застосування ст. 75 КК суди взагалі нічим не обґрунтовували, як, наприклад, у вироку Яготинського районного суду Київської області стосовно Ч., засудженого за ч. 2 ст. 272 КК на два роки позбавлення волі та звільненого від відбування покарання з іспитовим строком на два роки.

У жодній із надісланих для узагальнення справ немає посилання на таку підставу застосування ст. 75 КК, як відшкодування засудженим у добровільному порядку завданої потерпілим матеріальної або моральної шкоди.

Загалом застосування статей 69 та 75 КК у справах про тяжкі злочини (ч. 2 ст. 271 та ч. 2 ст. 272 КК) апеляційні суди розцінюють як тенденцію до необґрунтованого пом'якшення покарання і вважають таку практику неправильною. З такою думкою можна погодитися.

Окрім того, суди рідко застосовують до засуджених додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Наприклад, не застосовувалося таке додаткове покарання у судах Львівської області. Лише у двох із 14 розглянутих у судах Сумської області справ застосовано це покарання. Апеляційний суд Запорізької області звернув увагу на те, що при призначенні покарань за злочини, склад яких передбачений статтями 271 та 272 КК, судді у вироках взагалі навіть не згадували про додаткові покарання, передбачені санкціями цих статей.

Таку практику не можна визнати правильною, й особливо у тих випадках, коли внаслідок порушення засудженими правил безпечної роботи сталися каліцтво або загибель робітників. Залишаючи таких осіб на своїх посадах, нівелюється така мета покарання, як запобігання вчиненню нових злочинів засудженими або іншими особами.

Іноді суди, засуджуючи винного до додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, не конкретизують правову заборону і точно не зазначають посади чи характер діяльності, права обіймати які або займатись якою позбавляється засуджений. Підставою для такого висновку є вирок Броварського міськрайонного суду Київської області стосовно Х., засудженого за ч. 2 ст. 272 КК.

Деякі суди припускалися помилок при призначенні покарання.

Так, Тиврівський районний суд Вінницької області засудив М. за ч. 1 ст. 272 КК на один рік позбавлення волі із застосуванням ст. 75 КК, тоді як санкцією цієї статті не передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Виправдання осіб у справах зазначеної категорії

Виправдувальні вироки у справах зазначеної категорії судами не постановлювалися, за винятком: *вироку Миколаївського районного суду м. Миколаєва у справі щодо Б. Органи досудового слідства притягнули Б. до кримінальної відповідальності за те, що вона, як завідуючий цехом кормів*

птахокомплексу приватного підприємства «Агрофірма «Олена», порушила вимоги законодавства про охорону праці. Б. не пересвідчилася в безпечності роботи з кормозмішувачем, тобто не перевірила, чи працюють у ньому люди, включила кормозмішувач у той час, коли всередині перебував і чистив агрегат від залишків кормів працівник цеху С., який був смертельно травмований. Також Б. обвинувачувалася в тому, що вчинила службове підроблення — після нещасного випадку внесла в офіційний документ запис про проведення інструктажу з потерпілим, що не відповідало дійсності. Дії Б. органи досудового слідства кваліфікували за ч. 2 ст. 271 КК та ч. 1 ст. 366 КК.

Вироком суду Б. засуджена за ч. 1 ст. 366 КК до штрафу в розмірі 510 грн із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з функціями з охорони праці на підприємствах усіх форм власності на строк один рік. Суд виправдав Б. згідно з ч. 2 ст. 271 КК за відсутністю в її діях складу злочину (п. 2 ст. 6 КПК), зіславшись на те, що вона не є суб'єктом злочину, оскільки на неї не були покладені обов'язки із дотримання вимог законодавства про охорону праці або контролю за їх виконанням. Обґрунтованість і правильність такого рішення суду викликає сумніви. В апеляційному або касаційному порядку вказаний вирок не оскаржувався.

Виконання судами вимог ст. 232 КПК України

Як засвідчили матеріали узагальнення, недоліком досудового слідства і судового розгляду справ зазначеної категорії є і те, що в них не було з'ясовано, як у цілому поставлено роботу з охорони праці на підприємствах, де стався нещасний випадок. Слідчі і суди також не з'ясовували, чи допускав обвинувачений (підсудний) порушення правил охорони праці до нещасного випадку, чи притягався він за це до відповідальності, чи давалися розпорядження про ліквідацію порушень, хоча за матеріалами кримінальних справ, зокрема за актами спеціального розслідування територіальних управлінь Держнаглядохоронпраці на підприємствах, де були вчинені злочини, виявлено, що мали місце порушення законодавства про охорону праці та інших нормативних актів із безпеки виробництва, які й призвели до травмування або загибелі людей.

За винятком судів Луганської та Львівської областей, інші місцеві суди за жодним випадком порушення законодавства про охорону праці, наявності причин і умов, які сприяли вчиненню злочину, а також за фактами порушення норм кримінально-процесуального законодавства під час проведення досудового слідства окремих постанов не виносили.

***

Узагальнення дало підстави для висновку, що суди ще не достатньо ретельно підходять до розгляду справ зазначеної категорії, зокрема мають місце факти їх поверхового вивчення та розгляду.

Оскільки злочини проти безпеки виробництва завдають збитки державі, заподіюють шкоду здоров'ю потерпілих, а інколи й смерть, суди повинні ретельно з'ясовувати причини та умови, що спричинили такі злочини, і активніше реагувати окремими постановами на недоліки в організації забезпечення безпечних умов праці робітників і службовців.

10. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ БЕЗПЕКИ РУХУ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ

Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 23 грудня 2005 р. № 14
(Із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму
Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

З метою забезпечення однакового і правильного застосування судами законодавства у справах про злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що своєчасний і правильний розгляд справ про злочини, передбачені статтями 286—289, 415 Кримінального кодексу України (далі — КК), а також справ про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 3 та 6 ст. 121, ч. 3 та 4 ст. 122, статтями 1222, 1224, 1225, ч. 3 ст. 123, ст. 124, ч. 4 ст. 127, ч. 2 ст. 1271, ст. 130 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП), має важливе значення для забезпечення безпеки дорожнього руху й експлуатації транспорту, захисту життя та здоров'я людей, майнових прав фізичних і юридичних осіб.

(Пункт 1 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

2. При розгляді кримінальних та адміністративних справ зазначених категорій суди мають ураховувати положення правових норм, у яких визначено поняття "транспортні засоби", зокрема, примітки до ст. 286 КК, ч. 7 ст. 121 КпАП, п. 1.10 Правил дорожнього руху, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2001 р. № 1306.

(Абзац перший пункту 2 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

(Абзац другий та третій пункту 2 виключено на підставі постанови Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

3. При розгляді справ про злочини, відповідальність за які встановлено статтями 286—288, 415 КК, слід мати на увазі, що диспозиції сформульованих у них норм — бланкетні. У зв'язку з цим суди повинні ретельно з'ясовувати і зазначати у вироках, у чому саме полягали названі у перелічених статтях порушення; норми яких правил, інструкцій, інших нормативних актів не додержано; чи є причинний зв'язок між учиненими порушеннями та передбаченими законом суспільно небезпечними наслідками.

Порушення правил безпеки дорожнього руху та порушення правил експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, є самостійними діяннями, і суди мають ураховувати це при постановленні рішень у таких справах.

(Пункт 3 доповнено абзацом другим згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

4. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 286 КК, визнають особу, яка керує транспортним засобом, незалежно від того, чи має вона на це право, а злочину, передбаченого ст. 415 КК, — військовослужбовця (військовозобов'язаного під час проходження навчальних або спеціальних зборів), котрий безпосередньо керує бойовою, спеціальною чи транспортною машиною, незалежно від того, чи є він штатним водієм такої машини і чи вміє він нею керувати. За певних умов до відповідальності за цими статтями може бути притягнута особа, яка навчає водінню іншу особу і перебуває під час навчальної їзди поруч із учнем (майстер виробничого навчання, інструктор тощо).

5. Треба мати на увазі, що відповідальність за статтями 286, 415 КК настає незалежно від місця, де були допущені порушення правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту, правил водіння або експлуатації машини (на магістралі, шосе, вулиці, залізничному переїзді, полі, території підприємства, у дворі тощо).

Це стосується й випадків, коли зазначені правила було порушено під час виконання з допомогою транспортних засобів різних робіт (дорожніх, сільськогосподарських, будівельних та ін.). Якщо ж особа під час виконання таких робіт, хоча б і під час руху чи експлуатації машини, порушила не ці, а інші правила (наприклад, правила охорони праці, зокрема правила техніки безпеки), її дії, за наявності до того підстав, підлягають кваліфікації за статтями КК, які передбачають відповідальність за недодержання саме інших правил, а у відповідних випадках — за злочини проти життя та здоров'я особи або за знищення чи пошкодження майна.

6. Роз'яснити судам, що порушення особою правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту, яке спричинило наслідки, передбачені різними частинами ст. 286 КК, слід кваліфікувати як один злочин за тією її частиною, яка передбачає більш тяжкі наслідки. При цьому у вироку необхідно зазначати всі кваліфікуючі ознаки злочину.

Якщо ж наслідки, зазначені у різних частинах ст. 286 КК, спричинені двома або більше порушеннями, винна особа має нести відповідальність за сукупністю злочинів, передбачених цими нормами.

7. У випадках, коли передбачені ст. 286 КК суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, суди повинні з'ясовувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. При цьому треба мати на увазі, що за певних умов виключається

кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, котра керувала транспортним засобом.

8. Відповідальність за статтями 286—288, 415 КК настає лише за умови, що винна особа внаслідок порушення певних правил спричинила з необережності потерпілому середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження або його смерть. Якщо ж, порушуючи відповідні правила й усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх дій, винний передбачав суспільно небезпечні наслідки і бажав або свідомо припускав їх настання, ці дії необхідно кваліфікувати за статтями КК, в яких установлено відповідальність за умисні злочини проти життя та здоров'я особи.

9. Загибеллю кількох людей (ч. 3 ст. 286, ч. 2 ст. 415 КК) є смерть хоча б двох потерпілих, що настала внаслідок порушення особою правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту, правил водіння або експлуатації машини під час однієї дорожньо-транспортної події. У разі загибелі двох людей під час різних дорожньо-транспортних подій винна особа має відповідати за ч. 2 ст. 286 або ч. 1 ст. 415 КК.

10. Порушення особою правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту, правил водіння або експлуатації машини і наступне залишення потерпілого від такого злочину без допомоги слід кваліфікувати, за наявності до того підстав, за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 286 чи 415 КК та відповідною частиною ст. 135 цього Кодексу.

11. Випуск в експлуатацію завідомо технічно несправного транспортного засобу (ст. 287 КК) належить розуміти як усні або письмові згоду, розпорядження, вказівку особи, відповідальної за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів, про використання у сфері дорожнього руху якогось із них із такими технічними несправностями, за яких його експлуатація відповідно до розд. 31 Правил дорожнього руху заборонена.

Допуском до керування транспортним засобом особи, яка не має права ним керувати або перебуває у стані сп'яніння, визнають усні чи письмові згоду, розпорядження, вказівку особи, відповідальної за технічний стан чи експлуатацію цього засобу, про його використання у сфері дорожнього руху таким водієм. Як допуск можна розглядати також мовчазну згоду, видачу маршрутного листа, передачу ключів і документів або керма, невідсторонення водія від керування тощо.

Іншими грубими порушеннями правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух, є грубе порушення режиму роботи водіїв; відсутність контролю за технічним станом транспортних засобів; надання дозволу на використання не обладнаного належним чином вантажного транспортного засобу для перевезення пасажирів, перевантаженого транспортного засобу чи завантаженого з порушенням вимог правил дорожнього руху; допуск до керування особи, яка перебуває під впливом лікарських препаратів, у стомленому або хворобливому стані, тощо.

12. Стаття 287 КК може бути застосована лише за умови, що особа, відповідальна за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів,

усвідомлювала наявність зазначених у цій статті обставин, які унеможливлюють експлуатацію таких засобів. До осіб названої категорії належать працівники підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності, на яких законом або підзаконними нормативними актами покладено відповідальність за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів (завідувачі та начальники гаражів, інспектори безпеки руху, головні механіки, власники та водії таких засобів, які дозволили іншим особам керувати останніми, тощо).

Службові особи, які не є суб'єктами цього злочину, але внаслідок зловживання службовим становищем чи несумлінного виконання своїх обов'язків сприяли настанню тяжких наслідків, з урахуванням конкретних обставин справи можуть нести кримінальну відповідальність за злочини у сфері службової діяльності.

13. Судам слід мати на увазі, що водій чи власник транспортного засобу (уповноважена особа), який на порушення чинних правил передав керування ним особі, котра не мала або була позбавлена права керувати такими засобами взагалі чи засобом відповідної категорії, у разі спричинення зазначеними діями перелічених у ст. 287 КК наслідків несе відповідальність за цією статтею, а особа, яка фактично керувала транспортним засобом, — за ст. 286 КК.

Кримінальна відповідальність за ст. 287 КК настає також у випадках, коли потерпілим від передбаченого зазначеною статтею злочину є особа, яка керувала транспортним засобом.

Передача на порушення чинних правил керування транспортним засобом службовій особі, від якої водій залежить по службі, не звільняє останнього від відповідальності. Виняток становить випадок, коли зазначена службова особа чи працівник органу внутрішніх справ усунули водія від керування цим засобом.

14. Суспільно небезпечне діяння, передбачене ст. 288 КК, полягає у порушенні відповідних правил, норм і стандартів при будівництві, реконструкції, ремонті чи утриманні шляхів, вулиць, залізничних переїздів, інших шляхових споруд (наприклад, вимиканні вуличного освітлення в темну пору доби, наданні дозволу на експлуатацію ділянки дороги з поганим покриттям, невстановленні загороджувальних засобів та попереджувальних знаків на місці проведення дорожніх робіт, несвоєчасному огляді доріг, вулиць, залізничних переїздів, інших шляхових споруд з метою з'ясувати, чи відповідає їх стан вимозі убезпечення дорожнього руху, тощо).

Суб'єктом цього злочину можуть бути особи, які виконують такі роботи або відповідальні за їх проведення: керівники дорожньо-експлуатаційних підприємств, їхні підлеглі, котрим надано повноваження щодо дотримання відповідних правил, норм і стандартів, та рядові працівники зазначених підприємств; інспектори безпеки руху; виконроби, майстри, інші особи, які керують проведенням дорожніх робіт чи робіт у межах проїзної частини; тощо.

15. Незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК) слід розуміти як умисне, протиправне вилучення його з будь-якою метою у власника або законного користувача всупереч їх волі (з місця стоянки чи під

час руху) шляхом запуску двигуна, буксирування, завантажування на інший транспортний засіб, примусового відсторонення зазначених осіб від керування, примушування їх до початку чи продовження руху тощо. Таке заволодіння може бути вчинене таємно або відкрито, шляхом обману чи зловживання довірою, із застосуванням насильства або погроз.

Цей злочин визнають закінченим з моменту, коли транспортний засіб почав рухатись унаслідок запуску двигуна чи буксирування, а якщо заволодіння відбувається під час руху такого засобу, — з моменту встановлення контролю над ним.

Проникнення в кабіну, гараж чи інше сховище, спробу запустити двигун або буксирувати транспортний засіб з метою заволодіння ним необхідно розглядати як замах на вчинення злочину.

Не є незаконним заволодіння транспортним засобом у стані крайньої необхідності, наприклад, для того, щоб терміново доставити тяжко хвору людину до лікарні, приборкати стихійне лихо, усунути іншу небезпеку, яка загрожує людям, інтересам суспільства чи держави.

16. Заволодіння транспортним засобом за попередньою змовою групою осіб має місце у випадках, коли дві особи і більше заздалегідь, тобто до початку виконання дій, які становлять об'єктивну сторону складу злочину, домовилися про спільне його вчинення, незалежно від того, хто з них керував цим засобом. Проте не підлягають кримінальній відповідальності за ст. 289 КК особи, які не брали участі у вилученні транспортного засобу, але після заволодіння ним винною особою здійснили поїздку на ньому.

17. Відповідно до частин 2, 3 ст. 289 КК та п. 3 примітки до цієї статті матеріальну шкоду слід визнавати значною в разі заподіяння реальних збитків на суму від 100 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а великою — на суму понад 250 таких мінімумів.

При вирішенні питання про те, чи були збитки реальними, необхідно виходити з положень п. 1 ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України, де зазначено, що такими збитками є втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, що вона зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Якщо транспортний засіб не зазнав ніяких пошкоджень унаслідок незаконного заволодіння, його технічний стан не погіршився і відновлення він не потребує або сума відповідних витрат менша від зазначеної у п. 3 примітки до ст. 289 КК, така кваліфікуюча ознака, як заподіяння значної або великої шкоди, відсутня.

У випадках, коли особа знищила транспортний засіб, яким незаконно заволоділа, чи призвела до такого стану, що він повністю втратив свою цінність і його вже не можна використовувати за прямим призначенням, розмір реальних збитків дорівнює вартості автомобіля на день учинення злочину. Таким же чином треба вирішувати це питання, якщо транспортний засіб після незаконного заволодіння не знайдено.

У разі пошкодження внаслідок дій винної особи окремих деталей, вузлів, агрегатів транспортного засобу розмір реальних збитків необхідно визначати виходячи з вартості запасних частин і відновлювального ремонту.

18. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 289 КК, не можна визнавати осіб, які є співвласниками або законними користувачами транспортного засобу; працівників підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, котрі без належного дозволу здійснили поїздку на закріпленому за ними транспортному засобі; а також службових осіб, наділених повноваженнями щодо використання чи експлуатації транспортних засобів.

19. Якщо для вирішення питань, які виникли у справі про злочин проти безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, потрібні спеціальні знання, суд має призначити експертизу. У відповідній ухвалі (постанові) слід навести необхідні експерту вихідні дані, що ґрунтуються на матеріалах справи. За наявності в них різних даних щодо обставин події суд доручає експерту дати висновок стосовно кожного з варіантів окремо. На підставі аналізу всіх зібраних у справі доказів суд повинен зазначити у вироку, які вихідні дані він визнав такими, що відповідають дійсності, і з їх урахуванням оцінити висновок експерта. При цьому слід виходити з того, що згідно зі ст. 67 Кримінально-процесуального кодексу України висновок експерта не має наперед установленої сили, а також переваги перед іншими доказами і, як і всі вони, має бути оцінений судом за внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності та відповідно до закону.

20. При призначенні покарання за ст. 286 КК суди мають ураховувати не тільки наслідки, що настали, а й характер та мотиви допущених особою порушень правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту, її ставлення до цих порушень та поведінку після вчинення злочину, вину інших причетних до нього осіб (пішоходів, водіїв, працівників, відповідальних за технічний стан і правильну експлуатацію транспортних засобів, тощо), а також обставини, які пом'якшують і обтяжують покарання, та особу винного.

21. У кожному випадку призначення покарання за частинами 1, 2 ст. 286 і ст. 287 КК необхідно обговорювати питання про доцільність застосування до винного додаткового покарання — позбавлення права керувати транспортними засобами або обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан чи експлуатацію транспортних засобів, відповідно.

Додаткове покарання, передбачене як обов'язкове ч. 3 ст. 286 КК, суд згідно зі ст. 69 КК може не призначати лише за наявності декількох обставин, які пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, і з урахуванням особи винного.

Позбавлення права керувати транспортними засобами можна застосовувати як додаткове покарання незалежно від того, що особу вже було позбавлено такого права в адміністративному порядку. Однак призначення цього покарання особі, яка взагалі не мала права керувати транспортними засобами, є неможливим.

22. У разі вчинення злочину в стані алкогольного сп'яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних чи інших одурманюючих засобів, суд повинен обговорити питання про визнання цієї обставини відповідно до п. 13 ч. 1 ст. 67 КК такою, яка обтяжує покарання винного.

23. Потерпілий, якому внаслідок учинення транспортного злочину заподіяно моральну, фізичну чи майнову шкоду, вправі пред'явити цивільний позов про її відшкодування, який має бути розглянутий судом разом із кримінальною справою. Якщо цивільний позов не був заявлений, суд повинен роз'яснити особі, яка зазнала шкоди від злочину, її право пред'явити такий позов до підсудного або до особи, котра за законом несе матеріальну відповідальність за заподіяну ним шкоду.

24. Звернути увагу судів на неприпустимість спрощеного підходу до судового розгляду справ про адміністративні правопорушення на транспорті та ігнорування прав осіб, яких притягають до відповідальності, потерпілих, їх законних представників і захисників.

Суди повинні неухильно виконувати вимоги ст. 268 КпАП щодо розгляду справи про адміністративне правопорушення у присутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Під час відсутності зазначеної особи це можливо лише у випадках, коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце та час розгляду і від неї не надійшло клопотання про його відкладення.

При розгляді справ зазначеної категорії необхідно з'ясовувати всі обставини, перелічені у статтях 247, 280 КпАП, у тому числі шляхом допиту свідків та призначення експертиз.

Зміст постанови судді має відповідати вимогам, передбаченим статтями 283 і 284 КпАП. У ній, зокрема, потрібно навести докази, на яких ґрунтується висновок про вчинення особою адміністративного правопорушення, та зазначити мотиви відхилення інших доказів, на які посилався правопорушник, чи висловлених останнім доводів.

Визнати правильною практику тих суддів, які вмотивованими постановами повертають протоколи про адміністративні правопорушення, складені не уповноваженою на те посадовою особою або без додержання вимог ст. 256 КпАП, відповідному правоохоронному органу для належного оформлення.

Установивши в діях особи, притягнутої до адміністративної відповідальності, ознаки злочину, суддя відповідно до ст. 253 КпАП зобов'язаний вмотивованою постановою передати матеріали за належністю — прокурору, органу досудового слідства або дізнання — для вирішення питання про порушення кримінальної справи.

25. Розглядаючи справи про повторне протягом року керування транспортними засобами з технічними несправностями, з якими їх експлуатація заборонена (ч. 3 ст. 121 КпАП), судді повинні зазначати у постанові характер несправності з посиланням на відповідний пункт розд. 31 Правил дорожнього руху, де наведено перелік таких несправностей.

(Пункт 25 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

26. Суб'єктом адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 124 КпАП, може бути будь-яка особа, яка бере безпосередню участь у процесі руху на дорозі як пішохід, водій, пасажир, погонич тварин. При цьому пошкодження транспортних засобів, вантажу, автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, дорожніх споруд чи іншого майна має бути наслідком порушення Правил дорожнього руху.

(Пункт 26 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

27. Судам слід ураховувати, що відповідальність за ст. 130 КпАП несуть особи, які керують транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції. Стан сп'яніння встановлюють шляхом огляду правопорушника, який проводять згідно з Інструкцією про порядок направлення громадян для огляду на стан сп'яніння в заклади охорони здоров'я та проведення огляду з використанням технічних засобів (затверджена спільним наказом Міністерства внутрішніх справ, Міністерства охорони здоров'я та Міністерства юстиції України від 24 лютого 1995 р. № 114/38/15-36-18).

(Абзац перший пункту 27 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

Якщо водій ухилявся від огляду, то відповідні його дії та ознаки сп'яніння необхідно зафіксувати в протоколі про адміністративне правопорушення, складеному у присутності двох свідків, що є підставою для притягнення порушника до адміністративної відповідальності.

Керування транспортним засобом слід розуміти як виконання функцій водія під час руху такого засобу або інструктора-водія під час навчання учнів-водіїв, незалежно від того, керує особа транспортним засобом, який рухається своїм ходом чи за допомогою буксирування.

Для притягнення до відповідальності за ст. 130 КпАП не має значення, протягом якого часу особа, яка перебуває у стані сп'яніння чи під впливом лікарських препаратів, що знижують її увагу та швидкість реакції, керувала транспортним засобом. Правопорушення вважають закінченим з того моменту, коли останній почав рухатись.

(Абзац четвертий пункту 27 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

Відповідальність за передачу керування транспортним засобом особі, яка перебуває у стані сп'яніння чи під впливом лікарських препаратів, що знижують її увагу та швидкість реакції(ч. 1 ст. 130 КпАП), настає за умови, що тому, хто це робить, відомо про такий стан.

(Абзац п'ятий пункту 27 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

28. Судам необхідно враховувати, що КпАП не передбачає накладення адміністративного стягнення нижче від найнижчої межі, передбаченої санкцією певної норми. Тому згідно зі ст. 33 цього Кодексу основні й додаткові стягнення слід застосовувати з урахуванням характеру вчиненого

правопорушення, особи правопорушника, ступеня його вини, майнового стану, обставин, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, у межах санкцій відповідних норм.

Оскільки наведений у ст. 34 КпАП перелік обставин, які пом'якшують відповідальність за адміністративне правопорушення, не є вичерпним, суддя при накладенні адміністративного стягнення може визнати пом'якшуючими й інші обставини, не передбачені цією статтею. Перелік обставин, що обтяжують відповідальність за адміністративне правопорушення (ст. 35 КпАП), навпаки, є вичерпним, тому суддя не вправі посилатись у постанові як на обтяжуючі і враховувати при накладенні стягнення обставини, не передбачені законом.

Позбавлення права керувати транспортними засобами можна застосовувати тільки як основне адміністративне стягнення за вчинення правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 121, ч. 4 ст. 122, ст. 1222, ч. 3 ст. 123, статтями 124 і 130 КпАП. Можливості накладати на винну особу таке стягнення як додаткове цей Кодекс не надає. Суди не вправі застосовувати його й тоді, коли винна особа вже позбавлена такого права або взагалі його не мала.

(Абзац третій пункту 28 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

Оплатне вилучення транспортного засобу є допустимим тільки як додаткове адміністративне стягнення за вчинення правопорушень, за які встановлено відповідальність ч. 6 ст. 121, ч. 2 та 3 ст. 130 КпАП. Застосування його як основного стягнення законом не передбачено. Не можна накладати це стягнення й на особу, яка вчинила відповідне правопорушення, керуючи транспортним засобом, що належить іншій особі.

(Абзац четвертий пункту 28 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України № 18 від 19 грудня 2008 р.)

29. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1982 р. № 7 "Про практику застосування судами України законодавства у справах про транспортні злочини" (зі змінами, внесеними постановами від 28 березня 1986 р. № 4, від 4 червня 1993 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12).

Голова
Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 січня 2013 року у справі № 5-28кс12

(*рішення про правильну кваліфікацію дій водія, який порушив пункти 1.5, 2.3, 10.1, 10.4 Правил дорожнього руху, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, за ч. 1 ст. 286 КК)*

Винуватий перед виконанням розвороту ліворуч на своїй смузі руху не зайняв крайнього лівого положення, а знаходився в положенні, за якого перед виконанням розвороту він мав пересвідчитися у безпечності свого маневру і надати перевагу в русі транспортному засобу, який рухався в попутному напрямку за ним. Однак винуватий цих вимог правил дорожнього руху не виконав, що і стало причиною настання дорожньо-транспортної пригоди.

Отже, суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій винуватого застосував правильно.

(Витяг)

Вироком Вишгородського районного суду Київської області від 5 грудня 2011 року, залишеним ухвалою апеляційного суду Київської області від 1 березня 2012 року, ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді обмеження волі на строк два роки. На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування призначеного покарання з іспитовим строком один рік з покладенням обов'язків, передбачених статтею 76 КК.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він 28 серпня 2010 року приблизно о 23-й годині 30 хвилин під час керування автобусом «Богдан» АДРЕСА_1 всупереч вимогам пунктів 1.5, 2.3, 10.1, 10.4 Правил дорожнього руху перед розворотом уліво завчасно не зайняв відповідне ліве крайнє положення на проїзній частині, призначеній для руху в цьому напрямку, не пропустив мотоцикла «Suzuki», яким ОСОБА_2 рухався в попутному напрямку і мав перевагу в русі, почав здійснювати розворот і зіткнувся з мотоциклом. Внаслідок зіткнення потерпілий ОСОБА_2 отримав середньої тяжкості тілесні ушкодження.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 30 серпня 2012 року залишив зазначені судові рішення без зміни.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України засуджений ОСОБА_1 просить ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 серпня 2012 року скасувати і постановити виправдувальний вирок. На його думку, підставами для постановлення такого рішення є неоднакове застосування судом касаційної

інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Стверджує, що винуватцем дорожньо-транспортної пригоди є потерпілий ОСОБА_2, оскільки він мав можливість уникнути зіткнення з автобусом, якби виконав вимоги пункту 12.3 Правил дорожнього руху, але не зробив цього.

На обґрунтування заяви засуджений послався на ухвали Верховного Суду України від 27 вересня 2007 року щодо Особи 5 та від 15 червня 2010 року щодо Особи 1. У цих судових рішеннях, на думку ОСОБА_1, встановлені фактичні обставини суспільно небезпечних діянь подібні до фактичних обставин діяння, щодо якого касаційним судом висловлена правова позиція, яка оспорюється у заяві. У кримінальних справах, в яких прийняті зазначені рішення, причиною настання суспільно небезпечних наслідків визнавалися порушення правил дорожнього руху, схожі до тих, які допустив потерпілий ОСОБА_2. Зокрема, одним із таких порушень є порушення пункту 12.3 Правил дорожнього руху, яким встановлено, що у разі виникнення небезпеки для руху або перешкоди, яку водій об'єктивно спроможний виявити, він повинен негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди.

Тому, на думку заявника, суд касаційної інстанції, виходячи із точного змісту норми кримінального закону і судової практики її застосування, за фактичних обставин, подібних до обставин, установлених у порівнюваних рішеннях, мав би постановити аналогічне рішення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення потерпілого ОСОБА_2 про відмову в задоволенні заяви, представника цивільного відповідача про обґрунтованість заяви, прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали додані до заяви, обговорила доводи, зазначені у заяві, і дійшла такого висновку.

Згідно зі статтею 400-11Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК) Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400-12 КПК підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Вирішуючи питання про наявність підстави для перегляду судового рішення, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК, Верховний Суд України виходить із установлених фактичних обставин, викладених у судовому рішенні, що набрало законної сили.

Судова палата вважає, що фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1, та надані для порівняння, зокрема щодо

дій, подібні між собою. Ця подібність простежується за об'єктом посягання – безпека руху та експлуатація автомобільних транспортних засобів; об'єктивною стороною: кількість транспортних засобів, їх розташування на проїзній частині, схожість напрямку руху, маневру, який мав виконувати транспортний засіб, що рухався попереду, наявність суспільно небезпечних наслідків.

При цьому слід зазначити, що зі змісту положень пункту 1 частини першої статті 400-12 КПК подібність суспільно небезпечних діянь за певними зовнішніми ознаками, встановлена у двох і більше кримінальних справах, не завжди зумовлює однакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність, оскільки однакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність можливе лише за умови, що фактичні обставини суспільно небезпечних діянь у цих справах є однаковими, не відрізняються між собою, по суті є такими самими.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення касаційного суду, встановлено, що ОСОБА_1 перед виконанням розвороту ліворуч на своїй смузі руху не зайняв крайнього лівого положення, а знаходився в положенні, за якого перед виконанням розвороту він мав пересвідчитися у безпечності свого маневру і надати перевагу в русі транспортному засобу, який рухався в попутному напрямку за ним. Однак ОСОБА_1 цих вимог правил дорожнього руху не виконав, що і стало причиною настання дорожньо-транспортної пригоди.

У судових рішеннях, наданих для порівняння, встановлено, що Особа 5 і Особа 1 під час керування транспортними засобами, рухаючись попереду, не займали на проїзній частині того положення, яке займав ОСОБА_1. Відповідно причинами настання цих дорожньо-транспортних пригод були порушення інших правил дорожнього руху.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь в ухвалах Верховного Суду України від 27 вересня 2007 року і 15 червня 2010 року дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій ОСОБА_1 застосував правильно. У зв'язку з цим доводи ОСОБА_1 про незаконність рішення касаційного суду є безпідставними.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-20, 400-21, 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви ОСОБА_1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 серпня 2012 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року
у справі № 5-18кс14

(рішення про неправильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК у разі ДТП за участю декількох водіїв)

У разі виникнення ДТП за участю декількох водіїв вирішення питання про наявність чи відсутність в їх діях складу злочину, передбаченого відповідними частинами статті 286 КК, потребує встановлення причинного зв'язку між діянням (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з'ясування ступеня участі (внеску) кожного з них у спричинення злочинного наслідку.

Зіставлення фактичних обставин вчинення суспільно небезпечних діянь, встановлених судами і наведених в оспореному та наданому для порівняння рішеннях, свідчать про те, що ДТП сталися за участі двох водіїв транспортних засобів. Для правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність у таких випадках особливого значення набуває дослідження характеру та черговості порушень, які вчинив кожен із водіїв.

(Витяг)

Вироком Кам'янобрідського районного суду м. Луганська від 7 вересня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 286 КК України (далі – КК) до покарання у виді обмеження волі на строк два роки без позбавлення права керування транспортними засобами, на підставі статті 49 КК, частини п'ятої статті 74 КК його звільнено від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Суд визнав ОСОБА_1 винуватим у тому, що він 3 грудня 2003 року о 20 годині під час керування автомобілем «Фольксваген Пассат» на 48 кілометрі автодороги «Луганськ - КПП Червона Таловка» побачив як попереду із правого узбіччя маневрує автомобіль «Опель Вектра» та пересікає дорогу різко вліво, не вжив заходів для зниження швидкості, що передбачено пунктом 12.3 Правил дорожнього руху України (далі – ПДР), змістився на зустрічну смугу та зіткнувся з автомобілем, яким керував ОСОБА_5 без дотримання вимог пункту 10.1 ПДР. Внаслідок зіткнення потерпілий ОСОБА_5 отримав середньої тяжкості тілесні ушкодження.

Апеляційний суд Луганської області ухвалою від 25 січня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 24 грудня 2013 року вирок суду першої та ухвалу апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

У заяві про перегляд судового рішення засуджений ОСОБА_1 та його захисник ОСОБА_4 просять ухвалу колегії суддів судової палати у

кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 грудня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу - закрити за відсутністю в його діях складу злочину з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Заявники стверджують, що винуватим у вчиненні дорожньо-транспортної пригоди є потерпілий, саме його дії, на їхню думку, перебувають у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

На обґрунтування своїх вимог заявники послались на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2012 року, якою суд касаційної інстанції скасував вирок районного суду та ухвалу апеляційної інстанції щодо ОСОБА_2, а кримінальну справу закрив за відсутністю в її діях складу злочину. Заявники зазначають, що у рішенні, наданому для порівняння, причиною настання суспільно небезпечних наслідків суд касаційної інстанції визнав порушення правил дорожнього руху, які допустила ОСОБА_3, подібних до тих, які допустив потерпілий ОСОБА_5, а саме: пункту 10.1 ПДР, яким установлено, що перед початком руху, перестроюванням та будь-якою зміною напрямку руху водій повинен переконатися, що це буде безпечним і не створить перешкод або небезпеки іншим учасникам руху.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяв, а також пояснення захисника ОСОБА_4, який підтримав доводи заяв, потерпілого ОСОБА_5, який вважав, що підстав для задоволення заяв немає, перевірила матеріали справи, проаналізувала висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяв і дійшла висновку про таке.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається з підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК 1960 року) та за правилами Глави 32^{1} цього Кодексу. Перегляд оспореного рішення відбувається за сукупністю доказів, установлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

Судова палата вважає, що фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1, та наведені у рішенні, наданому для порівняння, зокрема щодо дій, є подібними: за об'єктом посягання – безпека руху та експлуатація автомобільних транспортних засобів; об'єктивною стороною - кількість транспортних засобів, схожість напрямку руху, маневру, який виконував водій транспортного засобу, що рухався попереду, суспільно небезпечні наслідки.

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування норми статті 286 КК про кримінальну відповідальність за порушення ПДР двома водіями.

3. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК, включає три обов'язкові ознаки:

а) суспільно небезпечне діяння (порушення правил безпеки дорожнього руху);

б) суспільно небезпечні наслідки (заподіяння потерпілому середньої тяжкості тілесних ушкоджень);

в) причинний зв'язок між діянням і наслідками.

4. У випадку виникнення ДТП за участю декількох водіїв наявність чи відсутність в їх діях складу злочину, передбаченого відповідними частинами статті 286 КК, потребує встановлення причинного зв’язку між діянням (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з’ясування ступені участі (внеску) кожного з них у спричинення злочинного наслідку.

Зіставлення фактичних обставин вчинення суспільно небезпечних діянь, встановлених судами і наведених в оспореному та наданому для порівняння рішеннях, свідчать про те, що ДТП сталися за участі двох водіїв транспортних засобів. Для правильного застосування норми закону про кримінальну відповідальність у таких випадках особливого значення набуває дослідження характеру та черговості порушень, які вчинив кожен із водіїв.

На таку особливість у правозастосуванні орієнтує Пленум Верховного Суду України у постанові № 14 від 23 грудня 2005 року «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті». У пункті 7 цієї постанови роз’яснено, що у випадках, коли передбачені статтею 286 КК суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху двома водіями транспортних засобів, потрібно з’ясовувати характер порушень, які допустив кожний з них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. Виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом.

5. Із обсягу та характеру фактичних обставин справи вбачається, що ОСОБА_1 під час керування автомобілем побачив попереду, на узбіччі дороги автомобіль, який раптово почав рух із розворотом на 180 градусів вліво і без зупинки продовжив переїжджати смугу руху його автомобіля, внаслідок чого сталося ДТП.

Суди зазначили, що ОСОБА_1 порушив вимоги пункту 12.3 ПДР, бо не вжив заходів для зниження швидкості шляхом «екстреного» гальмування, а почав зміщувати свій автомобіль вліво, на зустрічну смугу руху і допустив зіткнення транспортних засобів.

У судових рішеннях також зазначено, що такий характер дій ОСОБА_1 був викликаний діями іншого учасника дорожнього руху – потерпілого ОСОБА_5, автомобіль якого знаходився на правому узбіччі у напрямку руху автомобіля ОСОБА_1, і який, у порушення вимог пункту 10.1 ПДР, не пересвідчився у безпеці виконання такого маневру і відновив рух із розворотом вліво.

Із поєднання та оцінки зазначених обставин у сукупності висновується, що в ситуації, яка виникла на дорозі за участю автомобілів під керуванням ОСОБА_5 і ОСОБА_1, перший, створивши небезпеку для другого, мав більше можливостей уникнути зіткнення, зупинивши свій автомобіль. Проте ОСОБА_5 цього не зробив. Він розпочав і продовжував маневрувати автомобілем, не переконавшись у безпечності руху як на початку руху, так і під час руху.

ОСОБА_1 вжив заходів до безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди, але внаслідок того, що ОСОБА_5 не виконав обов'язку, встановленого пунктом 10.1 ПДР, тобто перед початком руху не переконався, що це буде безпечним і не створить перешкод або небезпеки іншим учасникам руху, сталося зіткнення транспортних засобів. Такі дії ОСОБА_1 за своїми ознаками не утворюють складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК. У цій дорожній ситуації ОСОБА_1 не міг передбачити і прорахувати: чи пришвидшить, зупиниться, чи змінить рух маневруючий автомобіль. ОСОБА_1 не зміг (не був спроможний) зменшити швидкість автомобіля до повної зупинки і тому вибрав інший (альтернативний, рівноцінний) варіант дій водія у цій ситуації - безпечний для інших учасників руху об'їзд перешкоди.

У рішенні, наданому для порівняння, суд зазначив, що засудженому ОСОБА_2 не може бути поставлено у провину те, що він не зміг уникнути зіткнення з автомобілем під керуванням ОСОБА_3, який грубо порушив вимоги пунктів 2.1 - «Дати дорогу» та 2.2 – «Проїзд без зупинки заборонено» ПДР, виїхав на головну дорогу з другорядної, внаслідок чого сталося зіткнення транспортних засобів, оскільки ОСОБА_2 не зобов'язаний був виходити із можливості грубого порушення ПДР іншим учасником дорожнього руху. Особа_2, відповідно до пункту 1.4 ПДР, мав право розраховувати на те, що й інші учасники виконають ці Правила. Тому суд касаційної інстанції вирок районного суду та ухвалу апеляційної інстанції щодо ОСОБА_2 скасував, кримінальну справу щодо нього на підставі пункту 2 частини першої статті 6 КПК України провадженням закрив за відсутністю в його діях складу злочину.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь ОСОБА_1 в оспореному рішенні у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь щодо ОСОБА_2 у рішенні, наданому для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму кримінального закону в оспореному рішенні застосував неправильно.

Враховуючи те, що відповідно до положень процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду судових рішень Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, для постановлення якого необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено, ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 грудня 2013 року у кримінальній справі щодо ОСОБА_1 підлягає скасуванню з направленням

справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Новий касаційний розгляд належить здійснити у повній відповідності до чинного законодавства.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року та статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_1 та захисника ОСОБА_4 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 грудня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 листопада 2015 року у справі № 5-218кс15

(рішення про неправильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК у разі ДТП за участю декількох водіїв)

У випадку дорожньо-транспортної події за участю декількох водіїв для вирішення питання про наявність чи відсутність в їхніх діях складу кримінального правопорушення, передбаченого відповідними частинами статті 286 КК, необхідно встановити причинний зв'язок між діяннями (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, дослідити характер та черговість порушень, які вчинив кожен із водіїв, хто з них створив небезпечну дорожню обстановку (аварійну ситуацію), тобто з'ясувати ступінь участі кожного у спричиненні злочинного наслідку. При цьому виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, що керувала транспортним засобом.

(Витяг)

Вироком Тернівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15 серпня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК) на два роки обмеження волі з позбавленням права керувати транспортними засобами на один рік.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком один рік та покладено обов'язки,

передбачені пунктами 2, 3, 4 частини першої статті 76 КК.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 5 листопада 2014 року вказаний вирок змінив у частині вирішення цивільного позову.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 травня 2015 року вирок місцевого суду та ухвалу апеляційної інстанції змінено, виключено з них рішення про призначення ОСОБА_1 додаткового покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами на один рік.

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що він 3 квітня 2013 року об 11 год. 30 хв. на перехресті вул. Арсентьєва та вул. Короленка у м. Кривому Розі Дніпропетровської області, керуючи автомобілем ІНФОРМАЦІЯ_2, на порушення вимог п. 12.3 Правил дорожнього руху України (далі – ПДР) негайно не вжив заходів щодо зменшення швидкості автомобіля аж до зупинки, внаслідок чого здійснив зіткнення з мопедом «Мустанг» з робочим об'ємом двигуна 49,9 $см^3$, під керуванням ОСОБА_2.1, який, знаходячись на цьому ж перехресті, спочатку зупинив мопед, а потім відновив свій рух та виїхав на проїжджу частину вул. Арсентьєва, виконуючи маневр повороту ліворуч. В результаті дорожньо-транспортної події ОСОБА_2.1 отримав тілесні ушкодження середньої тяжкості у виді закритого перелому нижньої третини малогомілкової кістки, внутрішньої щиколотки і заднього краю лівої великогомілкової кістки.

У заяві, поданій в порядку глави 33 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) до Верховного Суду України, заступник Генерального прокурора України порушує питання про перегляд вказаних судових рішень з підстав, передбачених пунктами 1, 3 частини першої статті 445 КПК. А саме, у заяві йдеться про те, що підставами для перегляду є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень та невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному у постанові Верховного Суду України.

Вказує, що касаційний суд неоднаково застосував норму, викладену в частині першій статті 286 КК, при встановленні причинного зв'язку між діями ОСОБА_1 та наслідками у вигляді спричинення середньої тяжкості тілесних ушкоджень потерпілому ОСОБА_2.1, оскільки безпідставно залишив поза увагою неналежну оцінку встановлених судами першої та апеляційної інстанції фактичних обставин, згідно із якими потерпілий ОСОБА_2.1 також допустив порушення вимог правил дорожнього руху. Прокурор вважає, що саме дії ОСОБА_2.1 перебувають у причинному зв'язку із суспільно небезпечними наслідками.

На підтвердження своїх доводів заявник долучає копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2012 року щодо ОСОБА_2 та ОСОБА_3, якою суд касаційної інстанції скасував вирок місцевого суду та ухвалу апеляційної інстанції щодо

ОСОБА_2, а кримінальну справу закрив за відсутністю в її діях складу злочину. Вважаючи наведене рішення прикладом для порівняння, прокурор стверджує, що за подібних фактичних обставин встановлено інший причинно-наслідковий зв'язок, в результаті чого винуватцем дорожньо-транспортної події визнано лише ОСОБА_3.

Крім того, неналежне встановлення причинно-наслідкового зв'язку у випадку виникнення дорожньо-транспортної події за участю двох водіїв транспортних засобів прокурор вважає підставою для перегляду оскаржуваних рішень у зв'язку із невідповідністю судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норми права, викладеному в постанові Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року щодо Рослякова В.В., в якому визнав, що виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом.

Заступник Генерального прокурора України просить судові рішення щодо ОСОБА_1 скасувати, а провадження закрити на підставі пункту 2 частини першої статті 284 КПК за відсутністю в його діях складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 286 КК.

Заслухавши суддю-доповідача, прокурора, який підтримав заяву, перевіривши матеріали кримінального провадження та матеріали, додані до заяви, обговоривши зазначені в ній доводи, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку про таке.

Зміст заяви заступника Генерального прокурора України стосується неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми закону України про кримінальну відповідальність щодо правовідносин у сфері злочинів проти безпеки руху та експлуатації транспорту, пов'язаних з порушенням правил безпеки дорожнього руху, за участю двох учасників руху, та невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку, викладеному у постанові Верховного Суду України щодо застосування норми права, передбаченої статтею 286 КК. У ній, зокрема, йдеться про те, що в оспорюваних судових рішеннях суди всіх інстанцій безпідставно визнали, що дії саме ОСОБА_1, а не потерпілого ОСОБА_2.1, знаходяться у причинному зв'язку з наслідками дорожньо-транспортної події.

Отже, під час перегляду Верховним Судом України зазначеного кримінального провадження предметом дослідження має бути питання наявності чи відсутності обов'язкового елементу об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 286 КК, − причинного зв'язку між допущеними обома учасниками дорожнього руху порушеннями правил безпеки дорожнього руху, якщо такі мали місце, та суспільно небезпечними наслідками (заподіяння потерпілому середньої тяжкості тілесних ушкоджень).

Це питання уже висвітлювалося Верховним Судом України при перегляді судових рішень. Зокрема, у постанові Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року у справі Рослякова В.В. зазначено, що у випадку виникнення дорожньо-транспортної події за участю декількох водіїв наявність чи відсутність в їхніх діях складу злочину, передбаченого відповідними

частинами статті 286 КК, потребує встановлення причинного зв'язку між діянням (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з'ясування ступені участі (внеску) кожного з них у спричиненні злочинного наслідку (справа № 5-18кс14).

На таку особливість у правозастосуванні орієнтує і Пленум Верховного Суду України у постанові від 23 грудня 2005 року № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті». У пункті 7 цієї постанови роз'яснено, що у випадках, коли передбачені статтею 286 КК суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху двома або більше водіями транспортних засобів, суди повинні з'ясовувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. При цьому треба мати на увазі, що за певних умов виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, котра керувала транспортним засобом.

Як убачається з вироку, суд констатував у діях водія ОСОБА_1 порушення вимог пункту 12.3 ПДР, внаслідок чого відбулося зіткнення транспортного засобу під його керуванням та мопедом під керуванням водія ОСОБА_2.1, визнавши, що саме вони перебувають у причинному зв'язку з суспільно небезпечними наслідками.

Водночас у мотивувальній частині цього судового рішення зазначено, що водій ОСОБА_2.1, рухаючись по другорядній дорозі та наближаючись до перехрестя, перед яким встановлений дорожній знак 2.1, повинен був дати дорогу транспортним засобам, які наближаються до перехрестя по головній дорозі, а перед відновленням руху впевнитись, що це буде безпечним та не створить небезпеки чи перешкоди іншим учасникам дорожнього руху, тобто ОСОБА_2.1 повинен був діяти відповідно до вимог п.п.10.1, 16.11. та д.з. 2.1 ПДР. Останній мав технічну можливість запобігти зіткненню з автомобілем ІНФОРМАЦІЯ_2 шляхом виконання в робочому режимі зазначених вимог ПДР, тому його дії з технічного погляду також перебувають у причинному зв'язку із дорожньо-транспортною подією.

Про порушення ОСОБА_2.1 ПДР зазначив у своєму рішенні і суд апеляційної інстанції. Спростовуючи доводи апеляційної скарги обвинуваченого про неврахування судом першої інстанції протиправних дій потерпілого, апеляційний суд зазначив, що саме невідповідність дій ОСОБА_2.1, який не виконав вимоги пунктів 10.1, 16.11 і дорожнього знаку 2.1 ПДР та мав змогу запобігти зіткненню шляхом виконання зазначених норм, враховано у вироку при визначенні розміру моральної шкоди (що суперечить змісту вироку).

Суд касаційної інстанції, мотивуючи в ухвалі можливість незастосування до засудженого додаткового покарання, також послався на те, що в діях

потерпілого теж вбачається порушення ПДР.

Проте, юридичної оцінки дій ОСОБА_2.1 суд у вироку не дав. Зміст усіх судових рішень свідчить, що при встановленні фактичних обставин справи визнано винуватість у вчиненні дорожньо-транспортної події та його наслідках саме ОСОБА_1, а опосередкована згадка про дії ОСОБА_2.1 під час дорожньо-транспортної події не є їх юридичною оцінкою судом й висновком про міру і ступінь відповідальності потерпілого.

Суд не з'ясував, хто з водіїв – ОСОБА_1 чи ОСОБА_2.1 – і якими діями створив небезпечну дорожню обстановку, а далі – і аварійну ситуацію, хоча, як правило, в причинному зв'язку з наслідками визнаються порушення правил безпеки руху з боку того водія, який створив аварійну ситуацію, хто з них мав більшу можливість уникнути зіткнення. Визнавши, що небезпека для водія ОСОБА_1 виникла з моменту відновлення руху мопедом, а не з моменту перетинання ним головної дороги, суд послався на дані судової автотехнічної експертизи та пояснення у судовому засіданні судового експерта ОСОБА_3.1, які не містять обґрунтувань такого висновку.

Не враховано судом і положень пункту 1.4 ПДР, згідно з якими кожний учасник дорожнього руху має право розраховувати на те, що інші учасники виконують ці Правила. Отже, ОСОБА_1, наближаючись по головній дорозі до перехрестя, маючи перевагу у його перетинанні, був вправі розраховувати, що водій мопеда, який рухався по другорядній дорозі, виконає вимоги ПДР і дасть дорогу автомобілю.

Не дивлячись на такі недоліки у з'ясуванні ступеня відповідальності учасників дорожньо-транспортної події, суд касаційної інстанції погодився з висновками судів нижчих інстанцій про те, що саме дії ОСОБА_1 перебувають з правового погляду у причинному зв'язку з наслідками, і залишив поза увагою той факт, що і дії ОСОБА_2.1, пов'язані з порушенням ПДР, також перебувають у причинному зв'язку з наслідками.

Водночас, у справі, ухвала від 29 березня 2012 року у якій надана для порівняння, судом касаційної інстанції питання винуватості двох учасників дорожньої події вирішено по-іншому.

Зокрема, за вироком суду ОСОБА_3, керуючи автомобілем, який рухався по другорядній дорозі, і наближаючись до перехрестя із головною об'їзною дорогою, неправильно оцінив дорожню обстановку, проявив неуважність і всупереч вимогам дорожніх знаків 2.1, 2.2. та пунктів 12.3, 16.11 ПДР не надав дорогу автомобілю під керуванням ОСОБА_2 та не почав своєчасно вживати заходів для зменшення швидкості аж до зупинки автомобіля, виїхав на перехрестя, на яке в цей час виїхав ОСОБА_2, котрий, рухаючись зі швидкістю, вищою за допустиму, незважаючи на попередження дорожнього знаку 3.29 про ступінчате зниження швидкості, всупереч вимогам пункту 12.9 «б» ПДР, швидкість не зменшив, і, неправильно оцінивши дорожню обстановку та проявивши неуважність, на порушення вимог пунктів 2.3 «б», 12.1, 12.3 цих же Правил, перешкоду для руху, яку міг об'єктивно виявити, своєчасно не виявив та не вжив заходів для зменшення швидкості аж до зупинки автомобіля, що призвело до зіткнення керованих ними транспортних засобів та спричинення

пасажирам обох автомобілів тяжких тілесних ушкоджень.

Суд дійшов висновку, що обидва водії невиконанням зазначених вимог ПДР порушили правила безпеки руху і дії кожного з них перебувають у причинному зв'язку з наслідками дорожньо-транспортної події, та визнав їх винними за частиною другою статті 286 КК.

Розглядаючи справу у касаційному порядку, судова колегія у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ встановила, що причиною зіткнення транспортних засобів і наслідків, що настали, були неправильні дії водія ОСОБА_3, який перед виїздом з другорядної дороги на головну не дотримався вимог дорожніх знаків 2.1, 2.2 та пунктів 12.3. 16.11 ПДР і не надав дорогу транспортному засобу, що рухався по головній дорозі. Всупереч дорожнім знакам «Дати дорогу», «Проїзд без зупинки заборонено» не зупинився перед виїздом на головну дорогу і не переконався у відсутності небезпеки для руху та не надав дороги автомобілю під керуванням ОСОБА_2, який наближався по головній дорозі і мав перевагу в русі, чим створив аварійну ситуацію.

Спростовуючи висновки суду про винуватість ОСОБА_2 у тому, що він не зміг уникнути зіткнення з автомобілем, яким керував під ОСОБА_3, колегія суддів зазначила в ухвалі, що водій ОСОБА_2 не зобов'язаний був враховувати можливість грубого порушення ПДР іншим водієм; він не передбачав, не зобов'язаний був і не мав можливості передбачити, що автомобіль, яким керував ОСОБА_3, не дасть дорогу, не зупиниться перед виїздом на головну дорогу на вимогу знаків і не пропустить його автомобіль. Відповідно до п. 1.4 ПДР водій ОСОБА_2 вправі був розраховувати, що водій ОСОБА_3 перед виїздом з другорядної дороги на головну зупиниться і надасть йому можливість проїхати перехрестя. Тому в причинному зв'язку із суспільно небезпечними наслідками, що настали, перебувають лише дії водія ОСОБА_3.

За таких обставин касаційний суд судові рішення щодо ОСОБА_2 скасував та закрив кримінальну справу за відсутністю в його діях складу злочину.

Попри те, що у судових рішеннях у двох кримінальних справах фактичні обставини суспільно небезпечного діяння за об'єктом посягання – безпека руху, об'єктивною стороною – кількістю учасників дорожнього руху (два водії), місцем та обставинами вчинення правопорушення (перехрестя основної та другорядної доріг, ігнорування водієм, який виїжджав з другорядної дороги на головну, дорожнього знаку, який зобов'язував його дати дорогу транспорту, що рухався по головній дорозі, дані про наявність причинного зв'язку між діями обох водіїв і наслідками), невідповідністю дій обох водіїв вимогам ПДР, є подібними, суд касаційної інстанції неоднаково застосував одну і ту саму норму права, передбачену законом України про кримінальну відповідальність, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Крім того, як правильно зазначається у заяві прокурора, оспорюване рішення касаційної інстанції не відповідає і висновку щодо застосування норм права, викладеному у постанові Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року щодо Рослякова В.В., у якій зазначено, що у разі, коли дорожньо-транспортна подія сталася за участі двох водіїв транспортних засобів, для

правильного застосування норми про кримінальну відповідальність особливого значення набуває дослідження характеру та черговості порушень, які вчинив кожен із водіїв. При цьому виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом.

Всупереч такої правової позиції Верховного Суду України суд касаційної інстанції не звернув уваги на те, що судами нижчих інстанцій не оцінено наявні в матеріалах провадження дані про порушення ОСОБА_2.1 вимог ПДР, які перебувають у причинному зв'язку з суспільно небезпечними наслідками, не досліджено їх характер, не з'ясовано, чи міг це передбачити ОСОБА_1 і прорахувати дії потерпілого.

За таких обставин постановлені щодо ОСОБА_1 судові рішення не можна визнати законними та обґрунтованими, а тому вони підлягають скасуванню. Однак, оскільки Верховний Суд України, як і суд касаційної інстанції, не вправі визнавати доведеними обставини, що не були встановлені в оскаржуваному судовому рішенні, досліджувати та переоцінювати докази, він у даному випадку позбавлений можливості постановити остаточне рішення, як про це просить прокурор у заяві, з огляду на що справа підлягає направленню на новий розгляд до суду першої інстанції.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити частково.

Вирок Тернівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15 серпня 2014 року, ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 5 листопада 2014 року та ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 травня 2015 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду першої інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: У випадку дорожньо-транспортної події за участю декількох водіїв для вирішення питання про наявність чи відсутність в їхніх діях складу кримінального правопорушення, передбаченого відповідними частинами статті 286 КК, необхідно встановити причинний зв'язок між діяннями (порушенням правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, дослідити характер та черговість порушень, які вчинив кожен із водіїв, хто з них створив небезпечну дорожню обстановку (аварійну ситуацію), тобто з'ясувати ступінь участі кожного у спричиненні злочинного наслідку. При цьому виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила правила дорожнього руху вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 червня 2015 року у справі № 5-48кс15

(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 2 ст. 286 КК через порушення ним підпункту «б» пункту 2.3, пункту 12.3 Правил дорожнього руху, що спричинило пішоходу, який перетинав проїзну частину вулиці у невстановленому для руху пішоходів місці, тяжкі тілесні ушкодження)

Відповідно до вимог пункту 12.3 ПДР у разі виникнення небезпеки для руху або перешкоди, яку водій об'єктивно спроможний виявити, він повинен негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди.

Формально зазначена вимога ПДР дає можливість водію вибрати один із двох варіантів реагування на виявлену перешкоду під час руху. Водночас вибір виду поведінки не може бути абсолютно довільним і залежати лише від розсуду водія, оскільки маневр водія, який вирішить об'їхати перешкоду, не повинен створювати небезпеку для інших учасників руху.

(Витяг)

Вироком Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 8 травня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною 2 статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк три роки без позбавлення права керувати транспортними засобами. На підставі статті 75 КК його звільнено від відбування призначеного покарання з випробуванням і встановлено іспитовий строк один рік із покладенням обов'язку, передбаченого пунктом 3 частини 1 статті 76 КК.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він 14 січня 2014 року приблизно о 17 год. 40 хв., керуючи технічно справним автомобілем марки ІНФОРМАЦІЯ_2, та рухаючись по вул. Сквирське шосе в м. Біла Церква від вул. Л. Толстого в напрямку до вул. Київська, напроти будинку № 70, на порушення вимог пунктів 2.3 (б), 12.3 Правил дорожнього руху (далі – ПДР), при виникненні небезпеки для руху у вигляді пішохода, яку він об'єктивно спроможний був виявити, негайно не вжив заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу, відвернув ліворуч та допустив наїзд на смузі зустрічного руху на потерпілого ОСОБА_2, який перетинав проїзну частину вказаної вулиці у невстановленому для руху пішоходів місці, рухаючись справа наліво відносно напрямку руху керованого водієм ОСОБА_1 автомобіля, внаслідок чого потерпілий отримав тяжкі тілесні ушкодження у виді перелому лобної кістки зліва, субарахноїдальних крововиливів.

Ухвалою Апеляційного суду Київської області від 23 липня 2014 року вирок районного суду щодо ОСОБА_1 скасовано в частині вирішення цивільного позову, а матеріали кримінального провадження у цій частині направлені до суду першої інстанції для розгляду в порядку цивільного судочинства. У решті вирок залишено без зміни.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і

кримінальних справ від 26 лютого 2015 року судові рішення, постановлені щодо ОСОБА_1, залишені без зміни.

У заяві ОСОБА_1 порушує питання про скасування вироку Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 8 травня 2014 року, ухвали Апеляційного суду Київської області від 23 липня 2014 року, ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2015 року та закриття кримінального провадження на підставі пункту 2 частини 1 статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) у зв'язку з відсутністю в його діяннях складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 286 КК, з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Заявник стверджує, що винуватим у вчиненні дорожньо-транспортної пригоди є потерпілий, саме його дії, на думку ОСОБА_1, перебувають у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

На обґрунтування такого твердження заявник посилається на отримані з Єдиного державного реєстру судових рішень і долучені ним до заяви копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2012 року та 7 квітня 2015 року, зміст яких, на його думку, свідчить про те, що під час постановлення цих судових рішень суд касаційної інстанції правильно застосував кримінальний закон, а саме: скасував судові рішення, а провадження у кримінальних справах щодо засуджених закрив на підставі пункту 2 частини 1 статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року за відсутністю в діянні складу злочину. Вважає, що як в оскаржуваному рішенні, так і в наданих для порівняння судових рішеннях йдеться про подібні правовідносини, до яких судом касаційної інстанції неоднаково застосована одна і та сама норма права.

Також, ОСОБА_1 додав копію постанови Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року як приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Крім того, у заяві ОСОБА_1 зазначає, що висновки суду щодо його винуватості ґрунтуються на припущеннях і не підтверджуються належними доказами, що суперечить статті 62 Конституції України та статті 94, частині 1 статті 370 КПК.

На підставі наведеного ОСОБА_1 просить скасувати судові рішення щодо нього, а провадження у справі закрити на підставі пункту 2 частини 1 статті 284 КПК у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженого ОСОБА_1 та його захисника Обозового С.П., які підтримали заяву, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-

консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви і дійшла такого висновку.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 статті 445 КПК в редакції Закону України від 12 лютого 2015 року та за правилами глави 33 цього Кодексу. Перегляд оспореного рішення відбувається за сукупністю доказів, установлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

Суд вважає, що фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1, та наведені у рішеннях, наданих для порівняння, зокрема щодо дій, подібні між собою. Ця подібність простежується за об'єктом посягання – безпека дорожнього руху й експлуатації автомобільних транспортних засобів, здоров'я людини, та за об'єктивною стороною – кількість учасників дорожнього руху (у справі щодо ОСОБА_1 – водій та пішохід, який є учасником дорожнього руху, у випадках, зазначених у порівнюваних рішеннях – два водії).

2. Предметом перегляду є неоднакове застосування норми статті 286 КК про кримінальну відповідальність за порушення ПДР особою, яка керує транспортним засобом.

3. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого частиною 2 статті 286 КК, визначається трьома обов'язковими ознаками:

а) суспільно небезпечне діяння (порушення правил безпеки дорожнього руху);

б) суспільно небезпечні наслідки (заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження);

в) причинний зв'язок між діяннями і наслідками.

4. Відповідно до вимог пункту 12.3 ПДР у разі виникнення небезпеки для руху або перешкоди, яку водій об'єктивно спроможний виявити, він повинен негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди.

Формально зазначена вимога ПДР дає можливість водію вибрати один із двох варіантів реагування на виявлену перешкоду під час руху. Водночас, вибір виду поведінки не може бути абсолютно довільним і залежати лише від розсуду водія, оскільки маневр водія, який вирішить об'їхати перешкоду, не повинен створювати небезпек для інших учасників руху.

5. Із обсягу та характеру фактичних обставин справи вбачається, що ОСОБА_1 під час керування технічно справним автомобілем, рухаючись на невеликій швидкості, побачивши на дорозі потерпілого ОСОБА_2, який намагався якнайшвидше перетнути дорогу в невстановленому місці, зберігав об'єктивну можливість для обміркування ситуації і прийняття безпечного для пішохода рішення – зменшення швидкості і зупинки. Проте засуджений, намагаючись об'їхати потерпілого, порушуючи вимоги пункту 12.3 ПДР, обрав невиправданий маневр (відвернув ліворуч), який і призвів до наїзду на потерпілого ОСОБА_2 на смузі зустрічного руху. Внаслідок зазначених дій потерпілий отримав тяжкі тілесні ушкодження.

Отже, причиною настання суспільно небезпечного наслідку у виді

травмування потерпілого ОСОБА_2 є невиправданий маневр, який був здійснений ОСОБА_1 у конкретній дорожній ситуації, і між діянням останнього та наслідками є причинний зв'язок.

У судових рішеннях, наданих для порівняння, встановлено, що діяння ОСОБА_1.1 і ОСОБА_2.1 у конкретній дорожній ситуації не перебували у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, інкримінованих ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь в ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2012 року та 7 квітня 2015 року дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій ОСОБА_1 застосував правильно.

Посилання у заяві ОСОБА_1 на порушення судами всіх інстанцій вимог кримінального процесуального закону, а також на постанову Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року щодо ОСОБА_1.1 як приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм матеріального права, виходять за межі заяви засудженого, яка подана з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 445 КПК, тобто з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, а тому не входять до предмету перегляду, який здійснюється Судом у цьому кримінальному провадженні.

Підсумовуючи наведене, Суд дійшов висновку, що заява ОСОБА_1 не підлягає задоволенню, оскільки норма права щодо нього застосована правильно.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-41кс15

(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК через порушення ним підпункту «б» пункту 2.3, пункту 13.1 Правил дорожнього руху, що спричинило потерпілим середньої тяжкості тілесне ушкодження)

Для встановлення наявності об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК, необхідно встановити три

обов'язкові ознаки: суспільно небезпечне діяння (порушення правил безпеки дорожнього руху), суспільно небезпечні наслідки (спричинення потерпілому (потерпілим) середньої тяжкості тілесних ушкоджень) та причинний зв'язок між діяннями і наслідками.

Під час кваліфікації діяння завжди необхідно визначати причинний зв'язок між порушеннями правил безпеки руху і наслідками, що настали. Для причинного зв'язку в автотранспортних злочинах характерним є те, що він встановлюється не між діями водія та наслідками, що настали, а між порушеннями правил дорожнього руху й відповідними наслідками.

(Витяг)

Вироком Галицького районного суду Івано-Франківської області від 12 вересня 2014 року за результатами розгляду кримінального провадження № 12013090140000462 засуджено ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_2, за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК), до покарання у виді виправних робіт на строк 2 роки з відрахуванням щомісячно в дохід держави 20% із суми заробітку без позбавлення права керувати транспортними засобами.

Стягнуто із АТ Страхова компанія ІНФОРМАЦІЯ_3 (далі – СК ІНФОРМАЦІЯ_3) на користь: ОСОБА _3 1 113,45 грн витрат на лікування та 4 000 грн на відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_4 572 грн витрат на лікування та 1 000 грн на відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_5 5 051 грн витрат на лікування та 5 000 грн на відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_6 1 596,48 грн витрат на лікування та 5 000 грн на відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_7 50 000 грн за знищений транспортний засіб, 1 200 грн за проведення оцінки знищеного транспортного засобу; ОСОБА_8 50 000 грн за знищений транспортний засіб, 1 019,30 грн страхового відшкодування витрат на лікування, 5 000 грн на відшкодування моральної шкоди та 1 964,40 грн витрат за надання правової допомоги.

Стягнуто із страхової компанії в дохід держави 980,40 грн за проведення товарознавчих експертиз залученими стороною обвинувачення експертами спеціалізованої державної установи.

Визнано за СК ІНФОРМАЦІЯ_3 право на залишки автомобілів «FORD TRANSIT», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ_4, та «RENAULT KANGOO», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ _5.

Постановлено стягнути з Товариства з обмеженою відповідальністю ІНФОРМАЦІЯ _1 на користь: ОСОБА_5 20 000 грн в рахунок відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_6 3 000 грн в рахунок відшкодування моральної шкоди; ОСОБА_7 75 969 грн в рахунок відшкодування вартості знищеного транспортного засобу; ОСОБА_8 38 044 грн в рахунок відшкодування вартості знищеного транспортного засобу, 10 000 грн – страхового відшкодування за завдану моральну шкоду в результаті знищення транспортного засобу та 1 369, 20 грн судових витрат за надання правової допомоги.

Апеляційний суд Івано-Франківської області ухвалою від 24 листопада 2014 року вказаний вирок залишив без зміни.

Касаційний суд – колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – ухвалою від 19 березня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено за те, що він 22 травня 2013 року приблизно о 10 год. 30 хв., керуючи автопоїздом у складі сідлового тягача марки «VOLVO FH-12», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ_6, та напівпричепа марки «SCHMITZ», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ_7, рухаючись автодорогою «Мукачеве-Львів» в напрямку м. Мукачеве поблизу АЗС ТОВ ІНФОРМАЦІЯ_8, порушив вимоги підпункту «б» пункту 2.3, пунктів12.1, 12.3, 13.1 Правил дорожнього руху (далі – ПДР). А саме проявив неуважність, не врахував дорожню обстановку та стан транспортного засобу, не вибрав безпечної швидкості руху, не дотримався безпечної дистанції, вчасно не вжив заходів до зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу та допустив зіткнення з автомобілем марки «FORD TRANSIT», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ_4, який, в свою чергу, виїхав на зустрічну смугу, де зіткнувся з автомобілем «RENAULT KANGOO», реєстраційний номер ІНФОРМАЦІЯ_5. В результаті дорожньо-транспортної пригоди потерпілі ОСОБА_6, ОСОБА_5, ОСОБА_4 та ОСОБА_3 отримали середньої тяжкості тілесні ушкодження.

Заяви засудженого ОСОБА_1 та представника цивільного відповідача ТОВ ІНФОРМАЦІЯ_1 ОСОБА_2 є подібними у своїх вимогах, обґрунтуваннях, в яких заявники посилаються на одні і ті ж самі рішення, що надані для порівняння.

У заявах порушуються питання про скасування постановлених щодо ОСОБА_1 судових рішень з підстав, передбачених пунктами 1, 2 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) з призначенням нового розгляду справи в суді першої інстанції.

1. Заявники вказують на неоднакове застосування судом касаційної інстанції частини першої статті 286 КК у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень. Зокрема, заявники зазначають, що у випадку коли суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, суди повинні були з'ясувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм, їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. Як убачається зі змісту заяв, заявники вказують на те, що ОСОБА_1 порушив ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації водієм автомобіля марки «FORD TRANSIT», а отже, на їх думку, засуджений не повинен нести відповідальність за вчинення злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК.

На обґрунтування неоднаковості в правозастосуванні ч. 1 ст. 286 КК ОСОБА_1 та представник цивільного відповідача ТОВ ІНФОРМАЦІЯ_1 ОСОБА_2 посилаються на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 квітня, 12 та 19 березня 2015

року.

Ухвалою касаційного суду від 7 квітня 2015 року, після перегляду справи Верховним Судом України на підставі пункту 1 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), судові рішення щодо ОСОБА 1.1 скасовано, кримінальну справу щодо нього закрито на підставі пункту 2 частини першої статті 6 цього Кодексу за відсутністю в діянні складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК. Своє рішення суд касаційної інстанції мотивував тим, що ОСОБА 1.1 вжив заходів до безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди, але внаслідок того, що ОСОБА 3.1 не виконав обов'язку, встановленого пунктом 10.1 ПДР, сталося зіткнення транспортних засобів.

В ухвалі від 12 березня 2015 року касаційний суд скасував судові рішення стосовно ОСОБА 2.2 та призначив новий розгляд в суді першої інстанції, посилаючись на те, що при постановленні вироку судом було порушено ряд вимог процесуального законодавства під час судового провадження та не перевірено доводи засудженого з приводу порушення ПДР потерпілим.

В ухвалі від 19 березня 2015 року суд касаційної інстанції погодився з рішенням суду апеляційної інстанції про відсутність в діях ОСОБА 1.3 складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КК, оскільки дійшов висновку, що аварійна ситуація при проїзді перехрестя була створена не обвинуваченим.

2. Неоднакове застосування судом касаційної інстанції норм КПК, а саме частин четвертої та п'ятої статті 128 цього Кодексу, обґрунтовано в заявах тим, що цивільні позови в кримінальному провадженні стосовно ОСОБА_1 вирішено без належного врахування норм цивільного законодавства. Так, на думку заявників, суди всіх попередніх інстанцій безпідставно стягнули матеріальну шкоду в розмірі ринкової вартості транспортних засобів, розраховану експертами станом на час проведення експертиз та ще й з урахуванням курсової різниці, що суперечить вимогам статті 30 Закону України від 1 липня 2004 року № 1961-IV «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власника наземних транспортних засобів» (далі – Закон № 1961-IV), яка містить порядок для визначення розміру відшкодування. Також в заявах зазначено, що суд першої інстанції належним чином не вмотивував свого рішення про стягнення моральної шкоди в заявленій сумі, не обґрунтував ступінь немайнових витрат, не зазначив у чому саме полягає зазначена шкода, якими доказами підтверджується, що суперечить положенням статті 23 Цивільного кодексу України (далі – ЦК).

На обґрунтування неоднаковості в правозастосуванні частин четвертої та п'ятої статті 128 КПК ОСОБА_1 та ОСОБА_2 посилаються на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 серпня 2012 року, 5, 12 та 19 березня 2015 року.

3. Крім того, ОСОБА_1 посилається на пункт 3 частини першої статті 445 КПК як на додаткову підставу перегляду оскаржуваного рішення. Засуджений зазначає, що оскаржувана ним ухвала касаційного суду від 19 березня 2015 року суперечить висновкам, викладеним у постанові Верховного Суду України

від 20 листопада 2014 року.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Гоголя Б.М., який підтримав заяви, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяв, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяв, обговорила доводи заяв і дійшла такого висновку.

1. Відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 КПК (в редакції Закону від 13 квітня 2012 року) підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, було неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності).

З набранням чинності Законом України від 12 лютого 2015 року № 192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд» (далі – Закон № 192-VIII) зазнали змін підстави для перегляду Судом рішень касаційної інстанції. Відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 КПК на сьогодні до таких підстав віднесено «неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень (крім питань неоднакового застосування санкцій кримінально-правових норм, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання)». Попередня редакція цього положення передбачала, що Суд може здійснювати перегляд судових рішень із підстави «неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень».

Отже, вбачаються три законодавчі зміни: 1) слова «норма закону України про кримінальну відповідальність» замінені на «норма права, передбачена законом України про кримінальну відповідальність»; 2) слова «призначення покарання» замінені словами «санкції кримінально-правових норм» у межах характеристики застереження щодо питань, на які не поширюється пункт 1 частини першої статті 445 КПК; 3) слова «щодо подібних суспільно небезпечних діянь» замінені словами «у подібних правовідносинах».

Суд зауважує, що внесення зазначених процесуальних змін до положень статті 445 КПК були покликані удосконалити процедуру перегляду рішень касаційної інстанції, насамперед для цілей пункту 1 частини першої статті 445 цього Кодексу. Отже, - повноваження Суду щодо перегляду судових рішень з підстав, передбачених вказаним положенням кримінального процесуального закону, реально не зазнали змін після набрання чинності Законом № 192- VIII.

Предметом перегляду є неоднакове застосування норми статті 286 КК про кримінальну відповідальність за порушення ПДР особою, яка керує

транспортним засобом.

Суд вважає, що фактичні обставини кримінального правопорушення, інкримінованого ОСОБА_1, та наведені у рішеннях, наданих для порівняння від 19 березня та 7 квітня 2015 року, зокрема щодо протиправних дій, подібні між собою. Ця подібність простежується за об'єктом посягання – безпека дорожнього руху й експлуатації автомобільних транспортних засобів, здоров'я людини, схожість допущених порушень ПДР.

Додана ж до заяви ухвала касаційного суду від 12 березня 2015 року, на яку також посилаються заявники як на обґрунтування підстав для перегляду судових рішень Верховним Судом України, не є остаточним рішенням у справі й не містить правового висновку суду касаційної інстанції щодо застосування норми статті 286 КК, а тому унеможливлює порівняння цього рішення з оскаржуваним.

Для встановлення наявності об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною першою статті 286 КК, необхідно встановити три обов'язкові ознаки:суспільно небезпечне діяння (порушення правил безпеки дорожнього руху), суспільно небезпечні наслідки (спричинення потерпілому (потерпілим) середньої тяжкості тілесних ушкоджень) та причинний зв'язок між діяннями і наслідками.

При кваліфікації кримінального діяння за порушення правил безпеки дорожнього руху завжди необхідно визначати причинний зв'язок між порушеннями правил безпеки руху і наслідками, що настали. Причинний зв'язок в автотранспортних злочинах відрізняється тим, що він встановлюється не між діями водія та наслідками, що настали, а між порушеннями правил дорожнього руху й відповідними наслідками.

Диспозиція статті 286 КК є бланкетною, й для встановлення того, чи були порушені правила безпеки дорожнього руху, необхідно звертатись до ПДР. Вони встановлюють єдиний порядок дорожнього руху на всій території України.

Із обсягу та характеру фактичних обставин справи вбачається, що водій ОСОБА _1 зменшив дистанцію до автомобіля, що рухався попереду, до небезпечної, у зв'язку з чим не мав технічної можливості уникнути зіткнення шляхом гальмування транспортного засобу, чим створив аварійну ситуацію. В результаті зіткнення автомобіль марки «FORD TRANSIT» виїхав на смугу зустрічного руху, де зіткнувся із автомобілем марки «RENAULT KANGOO».

Отже, причиною настання суспільно небезпечних наслідків у виді травмування потерпілих є порушення ОСОБА_1 підпункту «б» пункту 2.3, пункту 13.1 ПДР і між діями останнього та наслідками є причинний зв'язок.

Натомість з матеріалів справи встановлено, що на момент зіткнення автомобіль «FORD TRANSIT» під керуванням водія ОСОБА_8 знаходився на своїй смузі руху і в діях останнього не встановлено порушень правил ПДР.

Водночас в ухвалах, наданих для порівняння, встановлено, що діяння осіб у конкретній дорожній ситуації не перебували у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь,

інкримінованих ОСОБА_1 у зіставленні з правовою оцінкою кримінальних правопорушень в ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 березня та 7 квітня 2015 року дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій ОСОБА_1 застосував правильно.

Отже, Суд вважає, що в межах заявлених вимог немає даних про неоднакове застосування однієї і тієї самої норми матеріального права.

2. Крім того, в заявах порушується питання про те, що Верховний Суд України в порядку, встановленому главою 33 КПК, має зіставити і порівняти висновки суду касаційної інстанції про застосування норми права, передбаченої КПК, в оспореному рішенні з висновками про застосування тієї самої норми права у рішеннях, наданих для порівняння, та висновком щодо застосування норми матеріального права, викладеному в рішенні Верховного Суду України, й за наявності процесуальних підстав дати відповідь на питання, порушені в заявах.

Однак Суд, хоча й погодився з тим, що на стадії відкриття провадження заяви були визнані прийнятними, проте процесуально позбавлений можливості переглянути оскаржуване рішення касаційної інстанції з підстав, передбачених пунктами 2 та 3 частини першої статті 445 КПК (в редакції закону від 12 лютого 2015 року), та дати свій висновок з питань, порушених у заявах.

За загальновизнаним принципом права закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплено у частині першій статті 58 Конституції України, за якою дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється із втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце (офіційне тлумачення даного конституційного положення наведено в Рішенні Конституційного Суду України № 1-рп/99 від 9 лютого 1999 року).

Водночас Конституція України в статті 58 допускає зворотну дію законів у часі, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Кримінальний процесуальний закон — це нормативно-правовий акт, який регулює порядок досудового розслідування і здійснення судового провадження.

Формою реалізації частини першої статті 58 Конституції України є положення частини першої статті 5 КПК, яка регулює дію норм кримінального процесуального закону в часі, відповідно до якої процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно із положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання дії або прийняття такого рішення. На відміну від кримінального (матеріального) закону, чинний кримінальний процесуальний закон не має зворотної дії навіть у тих випадках, коли його правила є більш сприятливі для учасників кримінального провадження. Повернення процесу (процесуальних дій) неможливе.

Водночас Законом № 192-VIII статтю 445 КПК викладено в новій редакції, згідно з якою вказану норму доповнено пунктами 2 та 3, якою законодавець розширив підстави для перегляду судових рішень Верховним Судом України.

Отже, пункти 2 і 3 частини першої статті 445 КПК, за загальним правилом, підлягають застосуванню саме з дати, коли ці зміни набрали чинності. Тобто з підстав, зазначених у цих пунктах, Верховним Судом України можуть бути переглянуті ухвали суду касаційної інстанції, постановлені 28 березня 2015 року і пізніше.

У кримінальній справі стосовно ОСОБА_1 встановлено, що рішення касаційного суду було постановлено 19 березня 2015 року, тобто до набрання чинності Законом № 192-VIII та внесення відповідних змін в статтю 445 КПК, а отже, оскаржуване рішення не може бути предметом перегляду Судом в порядку глави 33 КПК з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої КПК, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень та невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку, викладеному в постанові Верховного Суду України.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволені заяв засудженого ОСОБА_1 та представника цивільного відповідача ТОВ ІНФОРМАЦІЯ _1 ОСОБА_2.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як з підстави, передбаченої пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 10 грудня 2015 року у справі № 5-271кс15

(рішення про правильну кваліфікацію дій водія за ч. 1 ст. 286 КК через порушення ним підпункту 1.5, 2.3 (б), 10.1, 11.1, 11.3, 12.3 Правил дорожнього руху України, що спричинило потерпілим легкі та середнього ступеня тяжкості тілесні ушкодження)

Кримінальна відповідальність виключається, якщо особа порушила ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, котра керувала транспортним засобом. Водночас обстановка, у якій допустив маневрування засуджений, не свідчить про те, що порушення ним ПДР було вимушеним. Навпаки, саме його невиправдане і небезпечне маневрування на дорозі у складній дорожній обстановці було безпосередньою причиною настання суспільно небезпечних наслідків у виді травмування пасажирів, яких він перевозив.

Водночас дії іншого учасника дорожнього руху мали вимушений характер і були обумовлені намаганням уникнути зіткнення автомобілів в аварійній ситуації, створеній винуватим, що й було встановлено судом.

(Витяг)

Вироком Летичівського районного суду Хмельницької області від 16 вересня 2014 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною першою статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді штрафу в розмірі 6 000 грн без позбавлення права керувати транспортними засобами.

За вироком суду ОСОБА_1 визнаний винним у тому, що 15 вересня 2013 року близько 14 години біля домогосподарства ІНФОРМАЦІЯ_2, керуючи автомобілем ZAZ FORZA і рухаючись по ділянці дороги з обмеженою оглядовістю через наявність горба та виконуючи маневр об'їзду вибоїн, що утворилися на дорожньому покритті на смузі його руху, в порушення вимог пунктів 1.5, 2.3 (б), 10.1, 11.1, 11.3, 12.3 Правил дорожнього руху України (далі – ПДР) виїхав на зустрічну смугу руху, не переконавшись, що це буде безпечним і не створить перешкод або небезпеки іншим учасникам руху, що призвело до зіткнення з автомобілем VOLKSWAGENGOLD під керуванням ОСОБА_2, у результаті чого пасажири ОСОБА_3 та ОСОБА_4, які перебували в автомобілі ZAZ FORZA, отримали легкі та середнього ступеня тяжкості ушкодження.

Ухвалою Апеляційного суду Хмельницької області від 25 листопада 2014 року вирок щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 січня 2015 року відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою захисника Кримчака О.А. на вирок районного та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 серпня 2015 року вирок Летичівського районного суду Хмельницької області від 16 вересня 2014 року та ухвалу Апеляційного суду Хмельницької області від 25 листопада 2014 року щодо ОСОБА_1 змінено. Призначено ОСОБА_1 покарання за частиною першою статті 286 КК України у виді штрафу в розмірі 350 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що становить 5 950 грн, без позбавлення права керувати транспортними засобами. У решті судові рішення щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

У заяві захисник Кримчак О.А. просить вирок Летичівського районного суду Хмельницької області від 16 вересня 2014 року, ухвалу Апеляційного суду Хмельницької області від 25 листопада 2014 року, ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 січня 2015 року та ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 серпня 2015 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а провадження у справі закрити на підставі пункту 2 частини першої статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, та невідповідності ухвали касаційного суду висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України.

Захисник стверджує, що дії іншого учасника дорожнього руху судами не оцінювалися, хоча матеріалами справи підтверджено порушення останнім пунктів 10.1, 11.1, 11.3 та 12.3 ПДР, що, на думку заявника, перебуває у причинному зв'язку з наслідками, що настали. Вказує, що судами першої й апеляційної інстанцій були необґрунтовано прийняті до уваги показання потерпілого ОСОБА_2 стосовно руху автомобілів безпосередньо перед зіткненням, які суперечили висновкам експерта від 29 серпня 2014 року за № 310 А і від 13 червня 2014 року за № 190 А, та не прийнято до уваги висновок експерта від 12 серпня 2014 року за № 285 А, у якому зазначалося про відсутність у засудженого ОСОБА_1 технічної можливості уникнути зіткнення з автомобілем потерпілого.

Заявник зазначає, що в порівнюваній ухвалі від 29 березня 2012 року касаційний суд дійшов висновку, що водій може бути визнаний винним у порушенні ПДР тільки в тому разі, якщо він не виконав якогось передбаченого цими правилами обов'язку. При цьому суд, давши оцінку діям кожного з водіїв щодо порушень ними ПДР, визначив, дії якого з водіїв стали причиною ДТП й обґрунтовано закрив кримінальну справу щодо ОСОБА_2.1 за відсутністю в її діях складу злочину.

Також захисником надано копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 лютого 2015 року, якою вирок Апеляційного суду Харківської області від 8 вересня 2014 року щодо ОСОБА_7 скасовано, а справу направлено на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Захисник вважає, що як в оскаржуваному рішенні, так і в наданих для порівняння судових рішеннях ідеться про подібні правовідносини, до яких судом касаційної інстанції неоднаково застосована одна і та сама норма права.

Обґрунтовуючи невідповідність ухвал касаційного суду щодо ОСОБА_1 висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України, захисник надав копію постанови колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року, якою ухвалу касаційного суду скасовано, а справу направлено на новий касаційний розгляд. У зазначеній ухвалі судом було зроблено висновок, що у разі виникнення ДТП за участю кількох водіїв наявність чи відсутність у їх діях складу злочину, передбаченого статтею 286 КК, потребує встановлення причинного зв'язку між діями (порушення правил безпеки дорожнього руху) кожного з них та наслідками, що настали, тобто з'ясування ступеня участі кожного з них у спричиненні злочинного наслідку. Це, на думку захисника, не було зроблено судом касаційної інстанції при розгляді справи щодо ОСОБА_1.

Крім того, у заяві захисник Кримчак О.А. зазначає, що висновки суду щодо винуватості ОСОБА_1 ґрунтуються на припущеннях і не підтверджуються належними доказами, що суперечить статті 62 Конституції України та статті 94, частині третій статті 373 КПК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи і матеріали,

додані до заяви, вивчила висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви й дійшла такого висновку.

1. Відповідно до положень частини першої статті 447 КПК заява про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої пунктом 1 або 2 частини першої статті 445 цього Кодексу подається протягом трьох місяців з дня ухвалення судового рішення, стосовно якого заявлено клопотання про перегляд, або з дня ухвалення судового рішення, на яке здійснюється посилання на підтвердження підстави, передбаченої пунктом 1 або 2 частини першої статті 445 цього Кодексу, якщо воно ухвалено пізніше.

Оспорені судові рішення ухвалено колегією суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 16 січня 2015 року та 13 серпня 2015 року.

Заяву про їх перегляд подано 16 вересня 2015 року, тобто поза межами встановленого законом строку подання заяви про перегляд судового рішення від 16 січня 2015 року.

Однак з матеріалів справи видно, що після ухвалення оскаржуваного рішення від 16 січня 2015 року, яким було відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою захисника Кримчака О.А. на вирок Летичівського районного суду Хмельницької області від 16 вересня 2014 року та ухвалу Апеляційного суду Хмельницької області від 25 листопада 2014 року щодо ОСОБА_1, ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 лютого 2015 року було відкрито касаційне провадження в цій же справі за касаційною скаргою прокурора, доводи якої були спрямовані на покращення становища засудженого ОСОБА_1.

Отже, захисник Кримчак О.А. мав обґрунтовані підстави очікувати, що касаційним судом буде прийнято рішення на користь засудженого ОСОБА_1.

За таких обставин Судова палата дійшла висновку про необхідність поновлення строку на подання заяви про перегляд Верховним Судом України судового рішення від 16 січня 2015 року.

2. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається з підстав, передбачених пунктами 1 і 3 частини першої статті 445 КПК в редакції Закону України від 12 лютого 2015 року та за правилами глави 33 цього Кодексу. Перегляд оспорених рішень здійснюється за сукупністю доказів, установлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

Суд вважає, що фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1, та наведені в рішеннях, наданих для порівняння, подібні між собою. Ця подібність простежується за об'єктом посягання – безпека дорожнього руху й експлуатації автомобільних транспортних засобів, здоров'я людини, та за об'єктивною стороною – порушення правил безпеки дорожнього руху та кількість учасників (два водії).

3. Предметом перегляду є неоднакове застосування норми статті 286 КК про кримінальну відповідальність за порушення ПДР особою, яка керує транспортним засобом.

4. Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого частиною першою

статті 286 КК, визначається трьома обов’язковими ознаками:

а) суспільно небезпечне діяння (порушення правил безпеки дорожнього руху);

б) суспільно небезпечні наслідки (заподіяння потерпілим легких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень);

в) причинний зв’язок між діяннями і наслідками.

5. Відповідно до вимог пункту 12.3 ПДР у разі виникнення небезпеки для руху або перешкоди, яку водій об’єктивно спроможний виявити, він повинен негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об’їзду перешкоди.

Згідно з пунктом 11.3 ПДР на дорогах із двостороннім рухом, які мають по одній смузі для руху в кожному напрямку, за відсутності суцільної лінії дорожньої розмітки чи відповідних дорожніх знаків виїзд на смугу зустрічного руху можливий лише для обгону та об'їзду перешкоди або зупинки чи стоянки біля лівого краю проїзної частини в населених пунктах у дозволених випадках, при цьому водії зустрічного напрямку мають перевагу, а положення пункту 10.1 зобов’язують учасника дорожнього руху перед початком перестроювання та будь-якою зміною напрямку руху переконатися, що це буде безпечним і не створить перешкод або небезпеки іншим учасникам руху.

Особа, яка, відповідно до пункту 1.5 ПДР створила небезпеку чи перешкоду для руху, зобов'язана негайно вжити заходів до забезпечення безпеки дорожнього руху на цій ділянці дороги та вжити всіх можливих заходів до усунення перешкод.

6. З обсягу та характеру фактичних обставин справи видно, що ОСОБА_1 під час керування автомобілем, рухаючись по ділянці з обмеженою оглядовістю, яка має пагорб, та виконуючи маневр об’їзду вибоїн на дорожньому покритті, що вимагало від ОСОБА_1 особливої пильності та обрання такого режиму маневру, який би дав йому змогу вчасно побачити зустрічний транспортний засіб і вжити заходів для зупинки автомобіля або негайного повернення на свою полосу руху, виїхав на зустрічний напрямок руху. Формально пункт 12.3 ПДР дає змогу водію вибрати один із варіантів реагування на виявлену перешкоду під час руху: об’їхати перешкоду або зменшити швидкість аж до зупинки транспортного засобу. Водночас, вибір виду поведінки не може бути абсолютно довільним і залежати лише від розсуду водія. Адже в пункті 12.3 ПДР вказується, що маневр водія, коли він вирішить об’їхати перешкоду, не повинен створювати небезпеку для інших учасників руху. Проте ситуація, у якій допустив маневрування засуджений ОСОБА_1, свідчить про те, що вимоги пункту 12.3 в цій частині ним було грубо порушено. Відповідно до роз’яснень у пункті 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» кримінальна відповідальність виключається, якщо особа порушила ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, котра керувала транспортним засобом. Водночас, обстановка, у якій допустив

маневрування засуджений ОСОБА_1, не свідчить про те, що порушення ним ПДР було вимушеним. Навпаки, саме його невиправдане і небезпечне маневрування на дорозі у складній дорожній обстановці було безпосередньою причиною настання суспільно небезпечних наслідків у виді травмування пасажирів, яких він перевозив.

Водночас дії іншого учасника дорожнього руху носили вимушений характер і були обумовлені намаганням уникнути зіткнення автомобілів в аварійній ситуації, створеній ОСОБА_1, що й було встановлено судом.

На відміну від фактичних обставин, установлених судами у кримінальній справі щодо ОСОБА_1, в ухвалі касаційного суду від 29 березня 2012 року, наданій захисником як приклад неоднакового застосування судом норми кримінального закону, встановлено, що ОСОБА_3.1, виїжджаючи з другорядної дороги на перехрестя, не надав дорогу автомобілю під керуванням ОСОБА 2.1, який рухався по головній дорозі, а відтак мав перевагу в русі, тобто ОСОБА 3.1 грубо порушила ПДР, що у конкретній дорожній ситуації перебувало у причинному зв'язку з наслідками, які настали, а тому допущене ОСОБА_2.1 порушення ПДР не вплинуло на механізм зіткнення й не знаходилось у причинному зв'язку з небезпечними наслідками, що настали, внаслідок чого касаційним судом кримінальну справу щодо ОСОБА 2.1 було закрито.

Посилання захисника Кримчака О.А. на висновок касаційного суду, висловлений в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 вересня 2014 року на підтвердження неоднакового правозастосування, є необґрунтованими, оскільки за цим судовим рішенням вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_7 був скасований з направленням справи на новий судовий розгляд у суді апеляційної інстанції, тобто він за своїм юридичним значенням не є остаточним і не містить висновків про правильне чи неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність.

Що стосується наданої захисником Кримчаком О.А. постанови Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року, яка містить висновок щодо застосування норми кримінального права, передбаченої статтею 286 КК, якому, на думку захисника, не відповідають судові рішення касаційного суду ухвалені щодо ОСОБА_1, то в ній ішла мова про те, що в ситуації, яка виникла на дорозі за участю автомобілів під керуванням ОСОБА_14 і ОСОБА_15, перший, створивши небезпеку для другого, мав більше можливостей уникнути зіткнення, зупинивши свій автомобіль. Проте ОСОБА_14 цього не зробив. Він розпочав і продовжував маневрувати автомобілем, не переконавшись у безпечності руху як на початку руху, так і під час руху. ОСОБА_15 вжив заходів до безпечного для інших учасників об'їзду перешкоди, але внаслідок того, що ОСОБА_14 не виконав обов'язку, встановленого пунктом 10.1 ПДР, тобто перед початком руху не переконався, що це буде безпечним і не створить перешкод або небезпеки іншим учасника руху, сталося зіткнення транспортних засобів. Такі дії ОСОБА_15 за своїми ознаками не утворюють складу злочину, передбаченого частиною першою статті 286 КПК.

У ситуації, яка виникла на дорозі за участю автомобілів під керуванням

ОСОБА_1 та ОСОБА_2, засудженим ОСОБА_1 було першим створено небезпеку руху й він мав більше можливостей уникнути зіткнення, зупинивши свій автомобіль, але не зробив цього.

Під час руху ОСОБА_2 вжив заходів для уникнення зіткнення із зустрічним транспортом, але внаслідок того, що ОСОБА_1 не виконав обов'язків, установлених пунктами 1.5, 10.1 ПДР, тобто не переконався, що це буде безпечним для інших учасників руху, виїхав на зустрічну смугу руху, не вжив усіх заходів до забезпечення безпеки дорожнього руху та, не надавши перевагу в русі зустрічному транспортному засобу, створив небезпеку для руху водію іншого автомобіля, внаслідок чого сталося зіткнення транспортних засобів. У цій дорожній ситуації ОСОБА_2 не міг передбачити і прорахувати: пришвидшиться рух, зміниться напрямок руху автомобіля чи зупиниться автомобіль ОСОБА_1.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, інкримінованих ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 березня 2012 року та постанові Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції норму закону про кримінальну відповідальність щодо дій ОСОБА_1 застосував правильно, а тому відсутні підстави стверджувати про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Посилання захисника Кримчака О.А. на порушення судами вимог кримінального процесуального закону виходять за межі заяви захисника, яку подано з підстав, передбачених пунктами 1 і 3 частини першої статті 445 КПК, а тому не є предметом перегляду, який здійснюється Верховним Судом України в цьому кримінальному провадженні.

Підсумовуючи наведене, Верховний Суд України дійшов висновку, що заява захисника Кримчака О.А. не підлягає задоволенню, оскільки норму права щодо засудженого ОСОБА_1 застосовано правильно.

Керуючись статтями 453, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Поновити захиснику Кримчаку О.А. строк на подання заяви про перегляд Верховним Судом України ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 січня 2015 року.

Відмовити в задоволенні заяви захисника Кримчака О.А.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 6 березня 2014 року
у справі № 5-1кс14

(*рішення про неправильну кваліфікацію дій водія, який порушуючи Правила дорожнього руху, вчинив наїзд на пішохода і залишив його в небезпеці*)

Відповідно до змісту диспозиції статті 135 КК суб'єкт цього злочину має усвідомлювати: а) небезпечний для життя стан потерпілого; б) безпорадність особи, про яку даний суб'єкт повинен був піклуватися або яку поставив в небезпечний для життя стан; в) загрозу життю потерпілого, що виникла внаслідок поставлення його в небезпечний для життя стан суб'єктом злочину чи внаслідок подій або явищ, не пов'язаних з поведінкою винного; г) що він має можливість надати необхідну потерпілому допомогу.

Із законодавчого визначення випливає, що моментом закінчення злочину є ухилення від надання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Для кваліфікації злочину не має значення, чи відвернула би надана винною особою допомога заподіяння шкоди життю або здоров'ю особи. Навіть у випадках, коли через несумісну з життям травму будь-яка допомога не була здатна відвернути смерть людини, особа, яка залишила потерпілого в небезпеці, має нести відповідальність за статтею 135 КК. Для кваліфікації дій винного за цією нормою кримінального закону не має значення і те, що хтось інший надав чи намагався надати допомогу залишеному в небезпеці.

(Витяг)

Вироком Полонського районного суду Хмельницької області від 15 березня 2013 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною другою статті 286 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права керувати транспортними засобами на строк два роки. За частиною третьою статті 135 КК ОСОБА_1 виправдано за відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що він о 4 годині 30 хвилин 7 жовтня 2012 року, керуючи власним автомобілем «ВАЗ-2103» та рухаючись по вул. Лесі Українки у м. Полонному у напрямку центра міста, порушив пункти 11.2, 12.1, 12.2, 12.3 Правил дорожнього руху, не вибрав безпечної для руху швидкості, проявив неуважність, не справився з керуванням і допустив наїзд на пішохода ОСОБА_2, яка переходила зустрічну смугу проїзної частини дороги зліва направо відносно руху автомобіля, що спричинило смерть потерпілої.

Крім того, ОСОБА_1 обвинувачувався у тому, що він, достовірно знаючи, що своїми діями, пов'язаними з порушенням Правил дорожнього руху та вчиненням наїзду на ОСОБА_2, поставив потерпілу в небезпечний для життя

стан, при цьому, маючи змогу допомогти їй, завідомо залишив потерпілу без допомоги і з місця пригоди втік.

Суд першої інстанції дійшов висновку, що між залишенням потерпілої без допомоги та настанням її смерті відсутній причинний зв'язок, тому в діянні ОСОБА_1 немає складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною третьою статті 135 КК.

Апеляційний суд Хмельницької області ухвалою від 17 травня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Касаційний суд – колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – ухвалою від 26 вересня 2013 року погодився із висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА_1 і на підставі статті 428 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) відмовив у відкритті касаційного провадження.

У заяві прокурор порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 вересня 2013 року та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції. Твердить, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування статті 135 КК, безпідставно погодившись із рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій про відсутність у діянні ОСОБА_1 складу цього кримінального правопорушення.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційним судом прокурор надав ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 жовтня та 28 листопада 2013 року.

Ухвалою від 8 жовтня 2013 року касаційний суд залишив без зміни вирок апеляційного суду про засудження ОСОБА_3 за частиною другою статті 286 і частиною першою статті 135 КК за те, що він, керуючи автомобілем, порушив Правила дорожнього руху, не справився з керуванням, допустив наїзд на пішохода, а сам, усвідомлюючи, що своїми діями поставив потерпілого у небезпечне для життя становище, залишив його без допомоги і з місця пригоди втік. Внаслідок отриманих тілесних ушкоджень потерпілий помер у лікарні. Касаційний суд у своєму рішенні зазначив, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого частиною першою статті 135 КК, полягає в суспільно небезпечній бездіяльності винуватого, а саме в залишенні без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Цей злочин вважається закінченим з моменту ухилення від надання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, незалежно від того, наскільки ефективною могла бути така допомога.

Ухвалою від 28 листопада 2013 року касаційний суд змінив вирок та ухвалу про засудження ОСОБА_4 за частиною другою статті 286 і частиною третьою статті 135 КК за те, що він, керуючи автомобілем, порушив Правила дорожнього руху, не справився з керуванням, виїхав на узбіччя, де допустив наїзд на пішохода, сам, усвідомлюючи, що своїми діями поставив потерпілого у

небезпечне для життя становище, залишив його без допомоги і з місця пригоди втік. Внаслідок отриманих тілесних ушкоджень потерпілий помер на місці події. Касаційний суд дії винуватого перекваліфікував з частини третьої на частину першу статті 135 КК, при цьому зазначив, що смерть потерпілого сталася внаслідок порушення Правил дорожнього руху засудженим, а не внаслідок залишення ним потерпілого у небезпечному для життя стані.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження, обговорила вимоги заяви і дійшла висновку про таке.

1. Згідно зі статтею 444 КПК Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

2. Відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 КПК підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

3. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо наявності чи відсутності в діях винної особи складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 135 КК, при залишенні місця дорожньо-транспортної пригоди, враховуючи наслідки у виді смерті потерпілої особи на місці події.

4. Відповідно до положень статті 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищими соціальними цінностями. Кримінальний кодекс України здійснює охоронну функцію щодо вказаних цінностей, зокрема стаття 135 КК встановлює кримінальну відповідальність за завідоме залишення в небезпеці.

Суспільна небезпечність цього злочину полягає у тому, що людина, яка має можливість надати допомогу іншій людині і тим самим врятувати її від смерті або настання інших тяжких наслідків, не робить цього, що свідчить про низькі моральні якості цієї особи. Злочинність такої бездіяльності підвищується, якщо особа сама поставила іншу особу в небезпечний для життя стан, або причетна до події, через яку особа опинилася в такому стані.

Об'єктивна сторона залишення в небезпеці характеризується двома видами злочинної бездіяльності: 1) бездіяльність-невтручання, що полягає у невиконанні особою обов'язку щодо надання необхідної допомоги потерпілому, який перебуває у небезпечному для життя стані й позбавлений можливості вжити заходів для самозбереження, коли небезпека виникла незалежно від суб'єкта цього злочину; 2) змішана бездіяльність – бездіяльність щодо надання допомоги потерпілому особою, яка сама поставила його в небезпечний для життя стан.

За змістом статті 135 КК, поставлення в небезпеку виступає як основа для

виникнення спеціального обов'язку надати допомогу особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Іншими словами, саме поставлення в небезпеку знаходиться за межами вказаного злочину та за певних умов містить окремий склад злочину.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 135 КК, завжди характеризується прямим умислом щодо самого діяння. Що стосується наслідків, ставлення суб'єкта злочину до них завжди характеризується необережністю (злочинною недбалістю чи злочинною самовпевненістю).

Вольовий момент вчинення злочину, передбаченого статтею 135 КК, полягає у небажанні суб'єкта злочину надати допомогу безпорадній особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Мотиви вчинення цього злочину можуть бути різними (прагнення уникнути кримінальної відповідальності, небажання обтяжувати себе, байдуже ставлення до долі іншої людини, егоїзм, небажання допомогти через брак часу, неприязнь до потерпілого, легкодухість, ревнощі, помста тощо), але на кваліфікацію вони не впливають.

Поняття «завідомість» означає усвідомлення особою, яка чинить будь-яке діяння, певних фактів чи обставин, які випливають зі змісту кримінально-правової заборони залишення в небезпеці, та є ознакою, яка характеризує інтелектуальний момент умислу. В діях особи наявний склад злочину лише тоді, коли вона достовірно знала про небезпеку, що загрожує потерпілому, і про те, що вказана небезпека загрожує життю останнього. Тільки неусвідомлення особою небезпечного для життя стану безпорадної особи виключає кримінальну відповідальність за залишення в небезпеці.

Отже, відповідно до змісту диспозиції статті 135 КК суб'єкт цього злочину має усвідомлювати: а) небезпечний для життя стан потерпілого; б) безпорадність особи, про яку даний суб'єкт повинен був піклуватися або яку поставив в небезпечний для життя стан; в) загроза життю виникла внаслідок поставлення його в небезпечний для життя стан суб'єктом злочину чи внаслідок подій або явищ, не пов'язаних з поведінкою винного; г) суб'єкт злочину має можливість надати необхідну потерпілому допомогу.

Із законодавчого визначення випливає, що моментом закінчення злочину є ухилення від надання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Для кваліфікації злочину не має значення, чи відвернула би надана винною особою допомога завдання шкоди життю або здоров'ю особи. Навіть у випадках, коли через несумісну з життям травму будь-яка допомога не була здатна відвернути смерть людини, особа, яка залишила потерпілого в небезпеці, має нести відповідальність за статтею 135 КК. Для кваліфікації дій винного за цією нормою кримінального закону не має значення і те, що хтось інший надав чи намагався надати допомогу залишеному в небезпеці.

5. Суспільно небезпечні діяння, інкриміновані ОСОБА_1, за об'єктивними та суб'єктними ознаками є подібними до суспільно небезпечних діянь, щодо яких у зазначеному аспекті ухвалено названі вище порівнювані рішення суду касаційної інстанції, проте вони отримали інакшу, ніж у порівнюваних рішеннях, кримінально-правову оцінку.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 установлено, що після наїзду на

пішохода, достовірно знаючи, що такими своїми діями він поставив потерпілу в небезпечний для життя стан, маючи можливість для надання допомоги, не виконав свого громадянського обов'язку, що покладав на нього закон і загальновизнані норми моралі: не зупинився, не переконався, чи потребує потерпіла допомоги, не викликав карету швидкої допомоги, не відвіз потерпілу до найближчого лікувального закладу, а умисно залишив у небезпеці.

6. Правова позиція суду касаційної інстанції щодо правильності кваліфікації вчиненого ОСОБА_1 лише за частиною другою статті 286 КК і про виправдання його за частиною третьою статті 135 КК у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, яка міститься у порівнюваних судових рішеннях, дають підстави стверджувати, що висновок касаційного суду про відсутність у діях ОСОБА_1 складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 135 КК, є неправильним.

7. Відповідно до частини першої та другої статті 455 КПК, в разі наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 цього Кодексу, Верховний Суд України задовольняє заяву. В ухвалі про задоволення заяви Верховний Суд України має зазначити про визнання незаконним судового рішення касаційного суду і постановити рішення про його скасування повністю чи частково або про його зміну; ухвалює нове рішення або направляє справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції. У мотивувальній частині ухвали наводиться обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції щодо оспореного питання правозастосування. У разі постановлення нового судового рішення, в резолютивній частині ухвали Верховного Суду України має міститися висновок про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

8. Суд касаційної інстанції на стадії відкриття касаційного провадження постановив оспорену ухвалу, вважаючи, що з касаційних скарг, доданих до них судових рішень та інших документів, вбачається, що підстав для задоволення касаційних скарг немає. У касаційних скаргах, щодо яких було постановлено цю ухвалу, стверджувалося про неправильне застосування матеріального закону, наводилися обґрунтування на підтвердження такої позиції і ставилися вимоги про задоволення скарг. Касаційний суд, не погоджуючись зі скаргами прокурора і потерпілої про наявність у діях засудженого, крім іншого, ще й кримінального правопорушення, передбаченого статтею 135 КК, по суті висловив правову позицію щодо кримінально-правової кваліфікації дій ОСОБА_1, яка не відрізняється від кваліфікації його дій судами нижчої ланки.

Рішення суду касаційної інстанції, ухвалене у порядку частини другої статті 428 КПК, є остаточним і таким, що фактично завершує стадію касаційного провадження.

9. Зазначене дає підстави вважати, що оспорена ухвала підлягає скасуванню з направленням справи на касаційний розгляд, оскільки Верховний Суд України процесуально позбавлений можливості постановити нове рішення у цій справі без втручання в рішення судів нижчої ланки. Процесуальне обмеження щодо постановлення нового рішення унеможливлює розміщення в

резолютивній частині ухвали правового висновку, сформульованого в її мотивувальній частині.

Керуючись статтями 445, 454, 455 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 вересня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на касаційний розгляд.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 445 КПК.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-365с15

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як шахрайства, що полягали у незаконному заволодінні транспортним засобом, вчиненим шляхом обману та зловживання довірою)

Відповідно до вимог кримінального закону незаконне заволодіння транспортним засобом (пункт 1 примітки статті 289 КК) може бути вчинене будь-яким способом, у тому числі шляхом обману або зловживання довірою. Ця норма є спеціальною, а тому має перевагу над загальною нормою, яка, зокрема, міститься у статті 190 КК.

(Витяг)

Вироком Полонського районного суду Хмельницької області від 9 червня 2015 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною другою статті 289 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років 1 місяць без конфіскації майна.

На підставі частини першої статті 71 КК шляхом часткового приєднання невідбутої частини покарання за вироком Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області від 17 листопада 2014 року (з урахуванням змін, унесених згідно з ухвалою Апеляційного суду Хмельницької області від 19 січня 2015 року) ОСОБА_1 остаточно визначено покарання за сукупністю вироків у виді позбавлення волі на строк 6 років без конфіскації майна.

Як установив суд, ОСОБА_1 20 грудня 2014 року приблизно о 18 годині ІНФОРМАЦІЯ_2, де проживав із ОСОБА_2, використовуючи дружні стосунки з останнім, шляхом обману та зловживання довірою під приводом поїздки до магазину для придбання продуктів харчування попросив ОСОБА_2 дати для цього мотоцикл та ключі до нього, на що ОСОБА_2, виходячи з довіри до ОСОБА_1 та в помилковій впевненості в добросовісності його дій, погодився.

Після цього ОСОБА_1, діючи умисно, повторно, біля гуртожитку

зазначеного ліцею, розташованого ІНФОРМАЦІЯ_3, незаконно заволодів мотоциклом, власником якого був ОСОБА_3, та який перебував у правомірному користуванні й володінні ОСОБА_2, та розпорядився ним на власний розсуд, завдавши потерпілому таким чином матеріальної шкоди в розмірі 2171 грн.

Апеляційний суд Хмельницької області ухвалою від 11 серпня 2015 року зазначений вирок щодо ОСОБА_1 змінив. Дії ОСОБА_1 перекваліфіковано з частини другої статті 289 КК на частину другу статті 190 КК та призначено йому покарання за частиною другою статті 190 КК у виді позбавлення волі на строк 1 рік.

На підставі частини першої статті 71 КК за сукупністю вироків до призначеного покарання частково приєднано невідбуту частину покарання за вироком Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області від 17 листопада 2014 року та остаточно призначено ОСОБА_1 покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років 1 місяць. У решті вирок суду залишено без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 5 жовтня 2015 року відмовив першому заступнику прокурора Хмельницької області у відкритті касаційного провадження за його касаційною скаргою на ухвалу Апеляційного суду Хмельницької області від 11 серпня 2015 року щодо ОСОБА_1.

У заяві заступник Генерального прокурора України Заліско О.І. порушує питання про скасування ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 жовтня 2015 року та направлення кримінальної справи щодо ОСОБА_1 на новий розгляд до суду касаційної інстанції. При цьому Заліско О.І. посилається на неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, а саме частини другої статті 289 КК. Зазначає, що суди апеляційної та касаційної інстанцій дійшли необґрунтованого висновку про те, що злочинні дії ОСОБА_1, які полягають у незаконному заволодінні транспортним засобом шахрайським шляхом, необхідно кваліфікувати за статтею 190 КК.

На обґрунтування такого твердження прокурор посилається на отриману з Єдиного державного реєстру судових рішень і долучену ним до заяви копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 листопада 2011 року щодо ОСОБА_5, відповідно до якої суд касаційної інстанції дійшов висновку про правильність кваліфікації дій ОСОБА_5 за частиною другою статті 289 КК, мотивуючи тим, що за вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом, у тому числі шляхом обману або зловживання довірою потерпілої особи, законодавець передбачив спеціальну норму кримінального закону – статтю 289 КК, яка має перевагу над загальною нормою кримінального закону – статтею 190 КК.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд), заслухавши суддю-доповідача, пояснення прокурора,

який підтримав заяву, захисника, який заперечував проти задоволення заяви, перевіривши матеріали кримінального провадження та матеріали, додані до заяви, вивчивши висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговоривши доводи заяви, вважає, що заява підлягає задоволенню з огляду на зазначене нижче.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), та за правилами глави 33 цього Кодексу.

2. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми статті 289 КК щодо незаконного заволодіння транспортним засобом.

3. Відповідно до статті 289 КК та пункту 1 примітки до неї під незаконним заволодінням транспортним засобом слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі.

Законодавча конструкція «будь-яким» означає, що перелік способів законодавцем не обмежено, і відсутній спосіб, який би не підпадав під цю конструкцію. Одним з таких способів є зловживання довірою.

Така сама правова позиція міститься і в пункті 15 постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 року № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті», згідно з якою незаконне заволодіння транспортним засобом (стаття 289 КК) може бути вчинене, зокрема, шляхом обману чи зловживання довірою.

4. Крім цього, норми, передбачені статтями 289 та 190 КК, у разі встановлення факту заволодіння транспортним засобом співвідносяться як спеціальна і загальна. Згідно з правилами кваліфікації злочинів, якщо діяння, вчинене винною особою, одночасно підпадає під ознаки двох чи більше кримінально-правових норм, має місце конкуренція останніх. Завжди повинна застосовуватися та норма, яка охоплює з найбільшою повнотою всі фактичні ознаки вчиненого діяння. Вона має перевагу перед нормою, яка передбачає лише частину того, що вчинив злочинець.

Отже, за вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом, у тому числі шляхом обману або зловживання довірою потерпілої особи, законодавець передбачив спеціальну норму кримінального закону – статтю 289 КК, яка має перевагу над загальною нормою кримінального закону – статтею 190 КК, а тому належить застосувати спеціальну норму кримінального закону.

5. Установлені судами обставини справи щодо ОСОБА_1 свідчать про те, що він шляхом обману та зловживання довірою потерпілого заволодів транспортним засобом (мотоциклом) і розпорядився ним на власний розсуд.

6. У рішенні, яке надано заявником для порівняння, суд касаційної інстанції погодився з правильністю кваліфікації дій ОСОБА_5 за частиною другою статті 289 КК, яка також заволоділа транспортним засобом шляхом обману та зловживання довірою.

7. Зіставлення правових висновків оскарженого та порівнюваного судових рішень свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Отже, правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_1, дають підстави визнати, що касаційний суд в оспореному рішенні неправильно погодився з висновком суду апеляційної інстанції щодо перекваліфікації дій ОСОБА_1 з частини другої статті 289 КК на частину другу статті 190 КК.

Зазначене дає підстави вважати, що оспорену ухвалу належить скасувати з направленням справи на касаційний розгляд, оскільки Суд, з огляду на те, що у відкритті касаційного провадження було відмовлено, процесуально позбавлений можливості скасувати й рішення апеляційного суду, який першим допустив помилку у правозастосуванні.

Керуючись статтями 453, 454, 455 Кримінального процесуального кодексу України, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України Заліска О.І. задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 жовтня 2015 року стосовно ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на касаційний розгляд.

Постанова є остаточною й не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: відповідно до вимог кримінального закону незаконне заволодіння транспортним засобом (пункт 1 примітки до статті 289 КК) може бути вчинене будь-яким способом, у тому числі шляхом обману або зловживання довірою. Ця норма є спеціальною, а тому має перевагу над загальною нормою, яка, зокрема, міститься у статті 190 КК.

Головуючий

Судді

11. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ ТА МОРАЛЬНОСТІ

Про судову практику у справах про хуліганство

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 22 грудня 2006 р. № 10

З метою забезпечення судового захисту фізичних і юридичних осіб від протиправних посягань, а також правильного й однакового застосування законодавства при розгляді кримінальних та адміністративних справ про хуліганство Пленум Верховного Суду України постановляє дати судам такі роз'яснення:

1. Своєчасний і правильний розгляд кримінальних та адміністративних справ про хуліганство є дієвим засобом захисту нормальних умов життя людей, поновлення порушених прав потерпілих.

При розгляді кримінальних справ зазначеної категорії суди, пред'являючи високі вимоги щодо якості дізнання і досудового слідства, не повинні перебирати на себе функцію обвинувачення чи функцію захисту, а мають спрямовувати процес таким чином, щоб усі обставини справи були розглянуті всебічно, повно й об'єктивно, а вирок ґрунтувався лише на доказах, ретельно досліджених у судовому засіданні. Зокрема, необхідно встановлювати всі фактичні обставини справи, в тому числі спрямованість умислу, мотиви, мету, характер дій кожного з учасників хуліганства, з'ясовувати, чи порушив підсудний своїми діями громадський порядок, чи були вони вчинені з мотивів явної неповаги до суспільства, чи супроводжувалися особливою зухвалістю або винятковим цинізмом. Суди зобов'язані як установлювати вину підсудних та призначати їм справедливе покарання, так і вживати всіх необхідних заходів для повного відшкодування потерпілим заподіяної матеріальної та моральної шкоди, а також з'ясовувати причини й умови, що призвели до вчинення хуліганства.

2. Слід мати на увазі, що суд може визнати підсудного винним у вчиненні лише тих дій і за тими кваліфікуючими ознаками, які зазначені в постанові про притягнення як обвинуваченого або в постанові прокурора про зміну обвинувачення в суді.

Повернення справи на додаткове розслідування з метою перекваліфікації дій обвинуваченого на частину ст. 296 Кримінального кодексу України (далі — КК), яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, інкримінування обвинуваченому нових кваліфікуючих ознак хуліганства, збільшення обсягу обвинувачення можливе лише за клопотанням прокурора, потерпілого чи його представника за умови, що ці недоліки досудового слідства не можуть бути виправлені шляхом зміни прокурором обвинувачення в суді.

Якщо справи про злочини, передбачені ч. 1 ст. 296 КК, надійшли до суду в порядку, визначеному гл. 35 Кримінально-процесуального кодексу України, прокурор не вправі змінити обвинувачення в суді з перекваліфікацією дій підсудного на інші частини ст. 296 КК чи статті цього Кодексу, що

передбачають відповідальність за злочини, у справах про які обов'язкове провадження досудового слідства. За наявності для цього підстав кримінальну справу потрібно повернути з дотриманням установленого законом порядку для провадження дізнання або досудового слідства.

3. При вирішенні питання про відмежування кримінально караного хуліганства від дрібного слід виходити з того, що відповідно до ч. 1 ст. 296 КК хуліганство – це умисне грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, яке супроводжується особливою зухвалістю або винятковим цинізмом.

Якщо таке порушення не супроводжувалось особливою зухвалістю або винятковим цинізмом, його необхідно кваліфікувати як дрібне хуліганство за ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП).

4. Суди мають відрізняти хуліганство від інших злочинів залежно від спрямованості умислу, мотивів, цілей винного та обставин учинення ним кримінально караних дій.

Дії, що супроводжувалися погрозами вбивством, завданням побоїв, заподіянням тіесних ушкоджень, вчинені винним щодо членів сім'ї, родичів, знайомих і викликані особистими неприязними стосунками, неправильними діями потерпілих тощо, слід кваліфікувати за статтями КК, що передбачають відповідальність за злочини проти особи. Як хуліганство зазначені дії кваліфікують лише в тих випадках, коли вони були поєднані з очевидним для винного грубим порушенням громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства та супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

5. За ознакою особливої зухвалості хуліганством може бути визнано таке грубе порушення громадського порядку, яке супроводжувалось, наприклад, насильством із завданням потерпілій особі побоїв або заподіянням тілесних ушкоджень, знущанням над нею, знищенням чи пошкодженням майна, зривом масового заходу, тимчасовим припиненням нормальної діяльності установи, підприємства чи організації, руху громадського транспорту тощо, або таке, яке особа тривалий час уперто не припиняла.

Хуліганством, яке супроводжувалось винятковим цинізмом, можуть бути визнані дії, поєднані з демонстративною зневагою до загальноприйнятих норм моралі, наприклад, проявом безсоромності чи грубої непристойності, знущанням над хворим, дитиною, особою похилого віку або такою, яка перебувала у безпорадному стані, та ін.

6. Хуліганство визнають учиненим групою осіб і кваліфікують за ч. 2 ст. 296 КК у разі участі в злочинних діях декількох (двох і більше) виконавців незалежно від того, яка форма співучасті (ст. 28 КК) мала місце. Кваліфікація за цією ознакою дій осіб, які вчинили злочин за попередньою змовою або організованою групою, не виключає визнання зазначених обставин такими, що обтяжують покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК).

7. За ознакою вчинення хуліганства особою, раніше судимою за нього, дії винного кваліфікують за ч. 3 ст. 296 КК тоді, коли він на час учинення злочину мав не зняту чи не погашену судимість хоча б за однією з частин зазначеної

статті або за ч. 2 чи ч. 3 ст. 206 КК 1960 р. У разі кваліфікації дій винного за цією ознакою не можна визнавати обставинами, які обтяжують покарання, вчинення злочину повторно і рецидив злочинів (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК).

8. Як опір представникові влади, представникові громадськості або іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії (ч. 3 ст. 296 КК), слід розуміти активну протидію особи, котра вчиняє хуліганство (відштовхування, завдання побоїв, заподіяння тілесних ушкоджень тощо), з метою позбавити зазначених осіб можливості виконати службовий чи громадський обов'язок з охорони громадського порядку.

Такий опір охоплюється ч. 3 ст. 296 КК як кваліфікуюча ознака передбаченого нею злочину, а тому не потребує додаткової кваліфікації за частинами 2 і 3 ст. 342 цього Кодексу.

Якщо ж опір було вчинено після припинення хуліганських дій — як протидію затриманню, він не може бути кваліфікуючою ознакою хуліганства і відповідальність має наставати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 296 і 342 КК.

У разі коли опір представникові влади чи громадськості мав місце під час учинення дрібного хуліганства, винна особа підлягає відповідно кримінальній (за ч. 2 чи ч. 3 ст. 342 КК) та адміністративній (за ст. 173 КпАП) відповідальності.

9. Вирішуючи питання щодо наявності в діях винної особи такої кваліфікуючої ознаки хуліганства, як застосування вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень (ч. 4 ст. 296 КК), слід враховувати, що ця ознака має місце лише в тих випадках, коли винний за допомогою названих предметів заподіяв чи намагався заподіяти тілесні ушкодження або коли використання цих предметів під час учинення хуліганських дій створювало реальну загрозу для життя чи здоров'я громадян.

10. Вогнепальною зброєю вважаються будь-які пристрої заводського чи кустарного виробництва, призначені для ураження живої цілі за допомогою снаряда (кулі, дробу тощо), що приводиться в рух за рахунок енергії порохових газів чи інших спеціальних горючих сумішей, — усі види бойової та іншої стрілецької зброї військового зразка, спортивні малокаліберні пістолети, гвинтівки, самопали, пристосовані для стрільби пороховими зарядами газові пістолети, нарізна мисливська зброя, а також перероблена зброя (пристосована для стрільби кулями іншого калібру), в тому числі обрізи з гладкоствольної мисливської зброї.

До холодної зброї належать предмети, які відповідають стандартним зразкам або історично виробленим її типам, а також інші предмети, що справляють колючий, колючо-ріжучий, рубаючий, роздроблювальний чи ударний ефект (багнет, стилет, ніж, кинджал, арбалет, нунчаки, кастет тощо), конструктивно призначені для ураження живої цілі за допомогою м'язової сили людини або механічного пристрою.

11. Спеціально пристосованими для нанесення тілесних ушкоджень слід визнавати предмети, які пристосовані винною особою для цієї мети наперед або

під час учинення хуліганських дій, а заздалегідь заготовленими —предмети, які хоч і не зазнали якоїсь попередньої обробки, але ще до початку хуліганства були приготовлені винним для зазначеної мети.

Використання при вчиненні хуліганства ножів, які не належать до холодної зброї, інших предметів господарсько-побутового призначення, спеціальних засобів (гумового кийка, газових пістолета, балончика, гранати, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії), пневматичної зброї, сигнальних, стартових, будівельних пістолетів, ракетниць, вибухових пакетів, імітаційно-піротехнічних та освітлюваних засобів, що не містять у собі вибухових речовин і сумішей, а також інших спеціально пристосованих для нанесення тілесних ушкоджень знарядь злочину є підставою для кваліфікації дій винної особи за ч. 4 ст. 296 КК не тільки в тих випадках, коли вона заподіює ними тілесні ушкодження, а й тоді, коли ця особа за допомогою зазначених предметів створює реальну загрозу для життя чи здоров'я громадян.

Застосування або спроба застосування предметів, підібраних на місці злочину, які не були спеціально пристосовані для нанесення тілесних ушкоджень, не дає підстав для кваліфікації дій винного за ч. 4 ст. 296 КК.

12. При вчиненні хуліганства групою осіб за ч. 4 ст. 296 КК можуть бути кваліфіковані дії тих його учасників, які особисто застосували зброю або інший предмет, спеціально пристосований чи заздалегідь заготовлений для нанесення тілесних ушкоджень, а також тих осіб, які хоча самі й не застосовували зазначених знарядь, але дали згоду чи в інший спосіб сприяли їх застосуванню іншими виконавцями цього злочину. Якщо один з учасників злочину застосував такі знаряддя без відома інших, то відповідальність за ч. 4 ст. 296 КК має нести лише він.

13. При вирішенні питання про кваліфікацію дій винних осіб, які під час грубого порушення громадського порядку з мотиву явної неповаги до суспільства вчинили й інші злочини, передбачені різними статтями Особливої частини КК, судам належить виходити з положень ст. 33 цього Кодексу.

Так, поєднана з хуліганством погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо судді, народного засідателя чи присяжного, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя, має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 377 і відповідною частиною ст. 296 КК.

У разі коли хуліганські дії містять ознаки, передбачені різними частинами ст. 296 КК, одночасна їх кваліфікація за цими нормами закону можлива тільки за наявності реальної сукупності злочинів. Наприклад, хуліганство, що складалося з кількох епізодів, перший із яких характеризувався особливою зухвалістю, другий крім того — застосуванням зброї, а третій — опором представникові влади, необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідно частинами 1, 3, 4 ст. 296 КК.

14. При призначенні покарання за хуліганство суди зобов'язані в кожному конкретному випадку і стосовно кожного підсудного неухильно додержувати

вимог ст. 65 КК щодо загальних засад призначення покарання, оскільки саме через них реалізуються принципи його законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації.

Суди мають призначати, як правило, суворі міри покарання особам, які вчинили хуліганство із заподіянням потерпілим значної фізичної або матеріальної шкоди. Разом з тим доцільно застосовувати міри покарання, не пов'язані з позбавленням волі, а за наявності підстав, зазначених у ст. 69 КК, — і більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, щодо осіб, які вчинили менш небезпечні діяння та можуть бути виправлені без ізоляції від суспільства.

Призначаючи за ч. 1 ст. 296 КК покарання у виді штрафу і застосовуючи ст. 69 названого Кодексу, судам слід виходити з того, що в таких випадках розмір штрафу не може бути меншим від найнижчої межі, встановленої для цього виду покарання в ч. 2 ст. 53 КК.

15. Суди не повинні застосовувати заходи адміністративного стягнення, передбачені ст. 173 КпАП, щодо осіб, дії яких містять ознаки злочинів (самоправство, завдання побоїв, заподіяння легких тілесних ушкоджень та ін.) або проступків, що не є дрібним хуліганством.

16. Судам належить забезпечувати своєчасний і правильний розгляд адміністративних справ про дрібне хуліганство.

У протоколі про адміністративне правопорушення мають бути зазначені: дата і місце складення; посада, прізвище, ім'я, по батькові особи, яка його склала; відомості про особу порушника; місце, час учинення і суть дрібного хуліганства; прізвища, адреси свідків і потерпілих, якщо вони є; пояснення порушника; інші відомості, необхідні для вирішення справи, у т.ч. про матеріальну шкоду, якщо її було заподіяно (ч. 1 ст. 256 КпАП). За відсутності таких даних і неможливості їх доповнити суддя повертає матеріали органу внутрішніх справ для додаткового оформлення.

Суддям слід забезпечувати розгляд справ про дрібне хуліганство в присутності особи, яка його вчинила. Якщо порушник заперечує факт проступку або оспорює обставини його вчинення, необхідно допитати потерпілого, свідків, витребувати додаткові матеріали. У таких випадках доцільно вести протокол судового засідання.

При накладенні адміністративних стягнень, передбачених ст. 173 КпАП, на осіб, які вчинили дрібне хуліганство, суддя повинен у кожному конкретному випадку враховувати характер учиненого правопорушення, дані про особу порушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність. Щодо осіб, які займаються суспільно корисною працею і позитивно характеризуються за місцем роботи, навчання та проживання, необхідно застосовувати, як правило, не арешт, а інші адміністративні стягнення, а також заходи громадського впливу.

17. Установивши при розгляді матеріалів про дрібне хуліганство в діях особи ознаки злочину, суддя має закрити провадження за ст. 173 КпАП і направити ці матеріали прокурору для вирішення питання про порушення кримінальної справи та організації її розслідування.

Якщо ж при розгляді матеріалів про дрібне хуліганство суддя встановить у діях порушника ознаки іншого адміністративного проступку, він повинен своєю вмотивованою постановою повернути зазначені матеріали органу внутрішніх справ для вирішення питання про відповідальність цієї особи згідно з чинним законодавством України.

18. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 28 червня 1991 р. № 3 (зі змінами, внесеними постановами від 4 червня 1993 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12) «Про судову практику в справах про хуліганство».

Розгляд судами кримінальних справ про хуліганство[1]

(Витяг)

Хуліганство є одним із найпоширеніших правопорушень, спрямованих проти громадського порядку. Особа, яка вчинила хуліганство, посягає на суспільні відносини, що забезпечують нормальні умови життя людей у різних сферах суспільно корисної діяльності, спокійний відпочинок і дотримання правил поведінки в суспільному житті та побуті, часто завдає шкоди особистим інтересам людей, їхньому здоров'ю, власності, навколишньому середовищу тощо.

Чинним законодавством країни кримінальну відповідальність за хуліганство встановлено ст. 296 Кримінального кодексу України (далі – КК).

Якість досудового слідства

На додаткове розслідування судами було повернено 427 справ, що на 14,1 % менше, ніж у 2004 р. Крім того, в порядку, передбаченому ст. 2491 КПК, суди повернули прокурору для усунення істотних порушень вимог статей 228–232 цього Кодексу ще 102 справи (у 2004 р. — 148). Виправдано було 17 (12) осіб, які обвинувачувалися за ст. 296 КК.

За матеріалами узагальнення виявлено факти надходження до судів справ про хуліганство, що були розслідувані однобічно й неповно, а іноді й необ'єктивно. У справах, повернених судами на додаткове розслідування, найчастіше не були встановлені час, місце, спосіб, мотиви вчинення злочинних дій, не було притягнуто до відповідальності всіх осіб, які брали участь у вчиненні злочину, й не був з'ясований розмір завданої шкоди.

Мали місце випадки, коли суд, повертаючи справу на додаткове розслідування з мотивів неповноти досудового слідства, не вказував при цьому, в чому саме полягала ця неповнота і чому її не можна було усунути в судовому слідстві.

Наприклад, Жовтневий районний суд м. Харкова постановою від 2 липня 2004 р. направив на додаткове розслідування кримінальну справу за обвинуваченням Ш.В. і П.Р. у вчиненні ними злочину, відповідальність за який передбачено ч. 3 ст. 206 та ч. 2 ст. 296 КК. У постанові районний суд

[1] Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України Ю. М. Кармазіним та науковим консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики О. Г. Литвишко.

зазначив, що органу досудового слідства необхідно було відтворити обстановку та обставини події за участю допитаних у суді свідків, потерпілих та підсудних, оскільки в їхніх свідченнях були суперечності. Судова палата з кримінальних справ Апеляційного суду Харківської області ухвалою від 26 жовтня 2004 р. цю постанову скасувала через порушення вимог ст. 281 КПК, а справу повернула на новий судовий розгляд.

Під час аналізу й узагальнення справ виявлено випадки неправильної кваліфікації органами досудового слідства дій осіб, що обвинувачувались у вчиненні хуліганства.

Так, Шевченківський районний суд м. Львова, розглядаючи справу щодо обвинуваченої К.Т. за ч. 4 ст. 296 і ч. 2 ст. 263 КК за кваліфікуючою ознакою вчинення хуліганства із застосуванням холодної зброї, встановив, що вилучені в підсудної нунчаку вона взяла для самозахисту і тримала при собі в поліетиленовому пакеті. При вчиненні хуліганських дій вона їх не застосовувала. Тому суд її дії з ч. 4 ст. 296 КК перекваліфікував на ч. 1 ст. 296 КК.

Судовий розгляд справ

Кримінально караним хуліганством визнається таке умисне грубе порушення громадського порядку, яке вчинене з мотивів явної неповаги до суспільства і супроводжувалось особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом. Основним безпосереднім об'єктом хуліганства є громадський порядок. Його додатковим факультативним об'єктом можуть бути здоров'я особи, авторитет органів державної влади, громадська безпека[1].

Громадський порядок визначається в юридичній літературі як зумовлена закономірностями соціального розвитку система правил та інститутів, що забезпечує упорядкованість суспільних відносин і надає їм певної організаційної форми[2]. Хуліганство є суспільно небезпечною дією, що грубо порушує громадський порядок. Зазначений у ч. 1 ст. 296 КК термін «грубе порушення» є оціночною категорією. Його предметний зміст залежить від конкретних обставин вчинення винним діяння. Такими закон визначає лише дії, якими спричинено істотну шкоду громадському порядку. Грубість порушення громадського порядку слід визначати з урахуванням характеру вчинених хуліганських дій, їх наслідків, місця й тривалості їх вчинення, кількості потерпілих від зазначених дій, їхнього віку, стану здоров'я, істотності порушення їхніх інтересів або інтересів підприємств, установ, організацій. Особа, яка вчиняє хуліганські дії, грубо нехтує правилами поведінки в суспільстві.

Суди при доведенні факту вчинення хуліганства не завжди визначають зміст та ознаки «грубого порушення» громадського порядку, іноді лише цитують наведене визначення, не розкриваючи ознак хуліганства. Такий підхід зумовлений тим, що поняття «грубе» є оціночною категорією, тобто не

[1] Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 3-тє вид., переробл. та доп. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2005. – С. 697.

[2] Див.: Популярна юридична енциклопедія. — К., 2002. — С. 639.

конкретизованою в законі. Але слід мати на увазі, що саме порушення громадського порядку ще не свідчить про вчинення кримінально караного хуліганства.

Хуліганські дії можуть бути вчинені в будь-якому місці. Найчастіше це відбувається на вулицях, у парках, у місцях проведення публічних заходів й інших громадських місцях. Але наявність у діях особи ознаки хуліганства законом не пов'язано з його вчиненням лише в громадських місцях. Вважається, що громадський порядок може бути порушений в окремій квартирі чи кімнаті, в безлюдному місці, у будь-який час доби, за відсутності сторонніх осіб, тобто в присутності лише потерпілого.

Мотивом грубого порушення громадського порядку є явна неповага до суспільства. При цьому явною (очевидною як для винної особи, так і для потерпілих чи оточуючих) неповагою до суспільства вважається прагнення показати свою зневагу до існуючих правил і норм поведінки в суспільстві, самоутвердитися за рахунок приниження інших осіб, протиставити себе іншим громадянам, суспільству, державі. Відсутність у діях винної особи прояву явної неповаги до суспільства виключає визнання злочину хуліганством.

Обов'язковою ознакою хуліганства є вчинення таких умисних дій, що супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом. За ознакою особливої зухвалості хуліганством може бути визнано таке грубе порушення громадського порядку, яке супроводжувалося, наприклад, насильством із завданням потерпілій особі побоїв або заподіянням тілесних ушкоджень, знущанням над нею, знищенням чи пошкодженням майна, зривом масового заходу, тимчасовим припиненням нормальної діяльності установи, підприємства чи організації, руху громадського транспорту тощо, або таке, яке особа тривалий час уперто не припиняла.

Хуліганством, яке супроводжувалося винятковим цинізмом, можуть бути визнані дії, поєднані з демонстративною зневагою до загальноприйнятих норм моралі, наприклад проявом безсоромності чи грубої непристойності, знущанням над хворим, дитиною, особою похилого віку або такою, яка перебувала у безпорадному стані, та ін.

Наприклад, Малиновський районний суд Одеської області 29 жовтня 2004 р. засудив З.О. за ч. 1 ст. 296 КК за те, що той, перебуваючи на автобусній зупинці у стані алкогольного сп'яніння, у присутності громадян пошкодив рекламний щит, супроводжуючи свої дії нецензурною лайкою. На зауваження присутніх не звертав уваги. Крім того, з винятковим цинізмом біля зупинки на проїжджій частині вулиці прилюдно справив природні потреби, чим зупинив рух транспорту, а потім продовжував чіплятися до перехожих та водіїв.

Оскільки особлива зухвалість чи винятковий цинізм дій винного є ознаками хуліганства, то в мотивувальній частині вироку суд має вказати, в яких діях винної особи чи їх наслідках виразилися зазначені ознаки злочину.

Так, Здолбунівський районний суд Рівненської області вироком від 27 січня 2004 р. засудив Н.В. за ч. 1 ст. 296 КК за те, що той, перебуваючи в кафе у стані алкогольного сп'яніння, грубо порушив громадський порядок, виявляючи при цьому особливу зухвалість, яка полягала в тому, що під час вчинення

хуліганських дій було знищене і пошкоджене майно власника кафе. Суд послався у вироку на наявність двох ознак хуліганства (особлива зухвалість і винятковий цинізм), але при цьому не зазначив, які дії винного супроводжувалися проявами виняткового цинізму.

Деякі суди часто не розрізняють поняття «особлива зухвалість» та «винятковий цинізм».

Наприклад, Апеляційний суд Львівської області змінив вирок Галицького районного суду м. Львова від 28 вересня 2004 р., яким Ж.В. було засуджено за ч. 1 ст. 296 КК, і виключив вказівку суду про те, що дії засудженого крім особливої зухвалості супроводжувалися ще й винятковим цинізмом, оскільки такий у діях засудженого був відсутній. Нахабне поводження, буйство, бешкетування винного, поєднане з насильством, були помилково розцінені судом як винятковий цинізм.

У судовій практиці виникають труднощі при розмежуванні хуліганства та злочинів проти життя і здоров'я особи. Критеріями, які можуть бути покладені в основу відмежування хуліганства від інших злочинів, є спрямованість умислу, мотиви, цілі винного та обставини вчинення ним кримінально караних дій. Дії, що супроводжувалися погрозами вбивством, завданням побоїв, заподіянням тілесних ушкоджень, вчинені винним щодо членів сім'ї, родичів, знайомих і викликані особистими неприязними стосунками, неправильними діями потерпілих тощо, слід кваліфікувати за статтями КК, якими передбачено відповідальність за злочини проти особи. Як хуліганство зазначені дії кваліфікують лише в тих випадках, коли вони були поєднані з очевидним для винного грубим порушенням громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства та супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

Так, Ленінський районний суд м. Севастополя 8 квітня 2004 р. визнав винним і засудив Б.С. за ч. 1 ст. 121, ч. 4 ст. 296 КК. Маючи при собі газовий балончик «Терен-1» і складаний ніж, Б.С. 30 вересня 2003 р. увійшов до кімнати готелю «Україна» і декілька разів випустив струмінь газу з газового балончика в обличчя З.О. Після цього заздалегідь заготовленим для заподіяння тілесних ушкоджень складаним ножем став завдавати З.О. удари у піднижньощелепову ділянку шиї. Внаслідок таких дій потерпілій було заподіяно тяжкі тілесні ушкодження, що спричинили непоправне знівечення обличчя.

Апеляційний суд м. Севастополя погодився з кваліфікацією дій Б.С. за ч. 1 ст. 121 КК, але скасував вирок у частині його засудження за ч. 4 ст. 296 КК на підставі п. 2 ст. 6 КПК. При цьому колегія суддів дійшла обґрунтованого висновку, що місцевий суд, оцінюючи зібрані у справі докази обвинувачення Б.С. в хуліганстві, не врахував таких важливих обставин, як те, що суб'єктивна сторона хуліганства характеризується навмисною формою вини і мотивом явної неповаги до суспільства. Із матеріалів справи вбачається, що Б.С. прийшов до З.О. у робочий офіс, що розташований у кімнаті готелю, з метою з'ясування особистих стосунків. Сам факт навмисного заподіяння тілесних ушкоджень З.О. у приміщенні за місцем її роботи не свідчить про наявність у Б.С. наміру вчинити хуліганство.

При вирішенні питання про кваліфікацію дій винних осіб, які під час вчинення грубого порушення громадського порядку з мотиву явної неповаги до суспільства вчинили й інші злочини, склад яких передбачений різними статтями Особливої частини КК, судам належить виходити з положень ст. 33 цього Кодексу.

Наприклад, вироком Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинська від 2 червня 2006 р. Ф.Я. засуджено за сукупністю злочинів, відповідальність за які передбачена ч. 1 ст. 121 і ч. 4 ст. 296 КК. Так, Ф.Я., перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння біля кафе у м. Дніпродзержинску, грубо порушуючи громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, використовуючи малозначний привід, виявляючи особливу зухвалість, умисно завдав потерпілому Д.В. удар у голову, а потім заздалегідь заготовленим для заподіяння тілесних ушкоджень ножем завдав також один удар у живіт, тобто тяжке тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння. Ухвалою Верховного Суду України від 28 листопада 2006 р. вирок залишено без зміни, оскільки суд правильно кваліфікував дії засудженого відповідно до установлених фактичних обставин справи.

Хуліганство, яке супроводжується побоями (ч. 1 ст. 126 КК) або спричиненням легкого тілесного ушкодження (ст. 125 КК), не потребує додаткової кваліфікації, оскільки такі дії характеризують його особливу зухвалість. Однак якщо в такій ситуації були вчинені злочини, які за своїми ознаками і ступенем тяжкості істотно відрізняються від хуліганства, має місце сукупність злочинів, що потребує кваліфікації дій за ст. 296 і відповідними статтями КК (наприклад, статтями 121, 122, ч. 2 ст. 126, статтями 127, 194, 352)[1].

Так, поєднана з грубим порушенням громадського порядку з хуліганських мотивів погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо судді, народного засідателя чи присяжного (а також їхніх близьких родичів) у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя, має кваліфікуватися за сукупністю злочинів, відповідальність за які передбачено ч. 1 ст. 377 КК і відповідною частиною ст. 296 КК.

У разі коли хуліганські дії містять ознаки злочинів, склад яких передбачений різними частинами ст. 296 КК, одночасна кваліфікація дій за цими частинами може мати місце лише за наявності реальної сукупності злочинів.

Так, дії особи, яка вчинила кілька епізодів хуліганства, перший з яких характеризувався особливою зухвалістю, другий — застосуванням зброї, а третій — опором представникові влади, належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, відповідальність за які передбачено відповідно частинами 1, 3, 4 ст. 296 КК.

---

[1] Див.: Кримінальний кодекс України : Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — 3-тє вид., переробл. та доп. — Х., 2006. — С. 806.

Хуліганські дії, поєднані з наругою над могилою, нищенням, руйнуванням чи псуванням пам'яток історії або культури, необхідно кваліфікувати за сукупністю вказаних злочинів.

Наприклад, Новоодеський районний суд Миколаївської області вироком від 19 листопада 2004 р. засудив С.І. за ч. 2 ст. 296 КК за те, що він у групі з іншою особою на огородженій території братської могили загиблих воїнів відламав від історико-архітектурного пам'ятника Воїну-визволителю голову. Після цього умисно розбив два кам'яних стовпчики та секцію огорожі братської могили. Зазначені хуліганські дії підлягали додатковій кваліфікації ще й за ст. 297 КК (наруга над могилою).

Дії, пов'язані з публічною наругою над Державним Прапором України, Державним Гербом України або Державним Гімном України чи офіційно встановленим або піднятим прапором або ж гербом іноземної держави, підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів, якими передбачено відповідальність за хуліганство та наругу над державними символами.

Іншою є судова практика при кваліфікації дій винних осіб у вчиненні умисного вбивства з хуліганських мотивів. Оскільки п. 7 ч. 2 ст. 115 КК спеціально передбачено відповідальність за зазначений злочин, вчинене в такому випадку необхідно кваліфікувати лише за цією нормою.

Пленум Верховного Суду України у п. 11 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» роз'яснив судам, що як умисне вбивство з хуліганських мотивів за п. 7 ч. 2 ст. 115 КК дії винного кваліфікуються, коли він позбавляє іншу особу життя внаслідок явної неповаги до суспільства, нехтування загальнолюдськими правилами співжиття і нормами моралі, а так само без будь-якої причини чи з використанням малозначного приводу.

Якщо крім убивства з хуліганських мотивів винний вчинив ще й інші хуліганські дії, що супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, вчинене належить кваліфіквати за п. 7 ч. 2 ст. 115 і за відповідною частиною ст. 296 КК.

Не можна кваліфікувати як вчинене з хуліганських мотивів умисне вбивство під час сварки чи бійки, яку розпочав сам потерпілий, а так само з ревнощів, помсти чи з інших мотивів, що виникли на ґрунті особистих неприязних стосунків, навіть якщо при цьому було порушено громадський порядок.

Дії, що становлять об'єктивну сторону складу умисного вбивства, вчиненого з хуліганських мотивів, не повинні враховуватись як кваліфікуюча ознака при вирішенні питання про вид вчиненого при цьому хуліганства. Зокрема, використання за таких обставин фінського ножа лише для вбивства не перетворює просте хуліганство в особливо кваліфіковане, відповідальність за яке передбачено ч. 4 ст. 296 КК[1].

[1] Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. — 4-те вид., переробл. та доп. / Відп. ред. С. С. Яценко. — К., 2006. — С. 610.

У ч. 2 ст. 296 КК передбачено нову кваліфікуючу ознаку — вчинення хуліганства групою осіб, тоді як у ст. 206 КК 1960 р. такої кваліфікуючої ознаки не було. Деякі дослідники хуліганства називають «природною» ознакою вчинення його групою осіб[1]. Так, за статистичними даними, у 2005 р. було засуджено за ч. 2 ст. 296 КК майже 3000 осіб, що становить 40,2 % від загальної кількості засуджених за цей вид злочину.

Хуліганство визнається вчиненим групою осіб і кваліфікується за ч. 2 ст. 296 КК, якщо у вчиненні злочинних дій брали участь декілька (два і більше) виконавців — незалежно від того, яка форма співучасті (ст. 28 КК) мала місце. Кваліфікація за цією ознакою дій осіб, які вчинили злочин за попередньою змовою або організованою групою, не виключає визнання цих обставин такими, що обтяжують покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК).

Хуліганство, вчинене групою осіб, необхідно відрізняти від групового порушення громадського порядку (ст. 293 КК) і від масових заворушень.

Для групового порушення громадського порядку (ст. 293 КК) характерне порушення значною кількістю людей порядку проведення мітингів, пікетувань, демонстрацій, що полягає в їх відмові звільнити певну територію чи приміщення та в ігноруванні розпоряджень представників влади чи адміністрації цього приміщення. Але групове порушення громадського порядку (ст. 293 КК) відрізняється від хуліганства, вчиненого групою осіб (ч. 2 ст. 296 КК), відсутністю хуліганських мотивів. Тому в разі, коли групове порушення громадського порядку вчиняється з мотивів явної неповаги до суспільства, відповідальність має наставати за ч. 2 ст. 296 КК.

При масових заворушеннях дії завжди вчиняються натовпом, причому ці дії супроводжуються погромами, підпалами, руйнуванням чого-небудь, насильницьким виселенням громадян, нерідко озброєним опором представникам влади. При вчиненні групового хуліганства ці ознаки відсутні, а його виконавці грубо порушують громадський порядок винятково з мотивів явної неповаги до суспільства. Відповідальність за масові заворушення несуть організатори та активні його учасники, тоді як за групові хуліганські дії — усі учасники.

У ч. 3 ст. 296 КК передбачено відповідальність за хуліганство, визначене в перших двох частинах цієї статті, якщо воно було вчинене особою, раніше судимою за хуліганство. За ознакою вчинення хуліганства особою, раніше судимою за нього, дії винного кваліфікуються за ч. 3 ст. 296 КК тоді, коли він на час учинення злочину мав не зняту чи непогашену судимість хоча б за однією з частин зазначеної статті або за ч. 2 чи ч. 3 ст. 206 КК 1960 р. Хуліганські дії, вчинені повторно без наявності судимості за одну з них, не є підставою для кваліфікації вчиненого за ч. 3 ст. 296 КК, але це може бути враховано при призначенні покарання як обтяжуюча обставина. Судимість за вбивство з хуліганських мотивів не є кваліфікуючою ознакою ч. 3 ст. 296 КК.

Кваліфікований вид хуліганства утворюють також хуліганські дії, пов’язані з опором представникові влади або представникові громадськості,

[1] Див.: Налуцишин В. // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 7. — С. 48.

який виконує обов'язки з охорони громадського порядку, чи іншому громадянинові, який припиняв хуліганські дії (ч. 3 ст. 296 КК). Саме при кваліфікації цього виду хуліганства органи досудового слідства та суди допускають найбільше помилок.

Опір як кваліфікуюча ознака хуліганства виявляється в активній протидії представникові влади чи громадськості або іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії, з метою позбавити зазначених осіб можливості виконати службовий чи громадський обов'язок з охорони громадського порядку. Опором можна вважати такі дії винного, як відштовхування, завдання побоїв, заподіяння тілесних ушкоджень тощо. При цьому опір має бути складовою частиною хуліганства, мати місце у період його вчинення. Такий опір охоплюється ч. 3 ст. 296 КК як кваліфікуюча ознака передбаченого нею злочину, а тому не потребує додаткової кваліфікації за частинами 2, 3 ст. 342 цього Кодексу. Винятком із цього є опір, поєднаний з таким насильством, що містить ознаки ще й іншого, більш тяжкого злочину (наприклад, ст. 121, ч. 3 ст. 345 КК та ін.).

У тих випадках, коли опір мав місце після припинення хуліганських дій, — як протидія затриманню, він не може бути кваліфікуючою ознакою хуліганства, і відповідальність за такі дії має наставати за сукупністю злочинів, склад яких передбачений відповідними частинами статей 296 і 342 КК.

Наприклад, Сихівський районний суд м. Львова вироком від 5 квітня 2004 р. засудив З.Є. за ч. 1 ст. 296 КК та ч. 2 ст. 342 КК за те, що той, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, у приміщенні комунального підприємства грубо порушив громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалось особливою зухвалістю, завдав декілька ударів руками в голову головному інженеру К.Б., при цьому нецензурно висловлювався на його адресу, а на вимогу працівника міліції припинити такі дії не реагував. З метою уникнути затримання З.Є. вчинив опір працівникові правоохоронного органу. Суд правильно кваліфікував дії засудженого З.Є. за сукупністю вказаних злочинів у зв'язку з тим, що опір працівникові міліції було вчинено винним після припинення ним хуліганських дій, з метою протидії його затриманню.

Деякі суди при кваліфікації дій винного за ч. 3 ст. 296 КК у вироку не формулюють свого висновку із конкретним зазначенням, у чому саме полягав опір представникові влади або представникові громадськості, який виконував обов'язки з охорони громадського порядку, чи іншим громадянам, які припиняли хуліганські дії.

Наприклад, Березнівський районний суд Рівненської області вироком від 5 квітня 2004 р. визнав винним Г.М. за ч. 3 ст. 296 КК. У вироку зазначено, що Г.М., грубо порушуючи громадський порядок і виявляючи явну неповагу до суспільства, спричинив дружині тілесні ушкодження середньої тяжкості, а доньці — легкі. Також суд визнав, що хуліганські дії Г.М. супроводжувались опором громадянам, які їх припиняли. Але у вироку не вказано, хто із громадян припиняв хуліганські дії винного і які заходи для цього вживалися.

До поняття «припинення хуліганських дій» належать активні дії, наприклад затримання, зв'язування тощо. Водночас умовляння, прохання, вимоги припинити злочин не є його припиненням, оскільки в подібному випадку припинення хуліганства залежить від прийнятого самим винним рішення, а не всупереч йому. Тому заподіяння хуліганом удару громадянину, який вимагав припинити хуліганство, але не вживав для цього активних дій, саме по собі не свідчить про наявність розглядуваної кваліфікуючої ознаки, тоді як завдання за таких же обставин удару працівнику міліції або члену добровільної народної дружини (члену громадського формування з охорони громадського порядку) має кваліфікуватися за ч. 3 ст. 296 КК за ознакою здійснення під час хуліганства опору представникові влади чи громадськості, які виконували обов'язки з охорони громадського порядку.

Від опору як активної протидії треба відрізняти злісну непокору. Злісною непокорою, відповідальність за яку передбачено ст. 185 Кодексу про адміністративні правопорушення (далі — КпАП), є відмова від виконання наполегливих, неодноразово повторених законних вимог чи розпоряджень працівника міліції при виконанні ним службових обов'язків, члена громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовця у зв'язку з їх участю в охороні громадського порядку або виражена у зухвалій формі, що свідчить про явну зневагу до осіб, які охороняють громадський порядок. Відмінність опору від злісної непокори полягає в тому, що опір — це активна фізична протидія законній діяльності потерпілих, а злісна непокора — це пасивна поведінка.

У разі коли опір представникові влади чи громадськості мав місце під час учинення дрібного хуліганства, тобто нецензурна лайка в громадських місцях, образливе чіпляння до громадян та інші подібні дії, що порушують громадський порядок і спокій громадян, винна особа підлягає відповідно кримінальній (за ч. 2 чи ч. 3 ст. 342 КК) та адміністративній (за ст. 173 КпАП) відповідальності.

Кваліфікуюча ознака хуліганства

Кваліфікуючою ознакою хуліганства, що передбачена ч. 4 ст. 296 КК, є застосування вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для заподіяння тілесних ушкоджень. Таке застосування вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета полягає у фактичному їх використанні для спричинення шкоди здоров'ю та заподіяння тілесних ушкоджень, використанні бойових властивостей вогнепальної зброї, направленні такої зброї на особу, здійсненні пострілу в сторону потерпілого, намаганні завдати ударів ножем потерпілому, киданні ножа з метою ураження потерпілого, приставлянні ножа (його колото-ріжучої частини) до тіла потерпілого. Ця ознака має місце лише в тих випадках, коли винний за допомогою названих предметів заподіяв чи намагався заподіяти тілесні ушкодження або коли використання цих предметів під час учинення хуліганських дій створювало реальну загрозу для життя чи здоров'я громадян.

Потрібно мати на увазі, що диспозиція ч. 4 ст. 296 КК (в редакції 2001 р.) на відміну від диспозиції ч. 3 ст. 206 КК (в редакції 1960 р.) не містить такої

кваліфікуючої ознаки хуліганства, як спроба застосування вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для заподіяння тілесних ушкоджень. Тому однієї погрози застосування зброї або іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для зазначеної мети, навіть підкріпленої їх демонстрацією, недостатньо для кваліфікації дій за ч. 4 ст. 296 КК.

Наприклад, Апеляційний суд Чернігівської області новим вироком від 20 жовтня 2005 р., постановленим після скасування вироку Бахмацького районного суду цієї ж області, засудив І.В. за ч. 2 ст. 121 і ч. 4 ст. 296 КК та І.П. — за ч. 4 ст. 296 КК. Згідно з вироком апеляційного суду, І.В. визнано винним у тому, що він, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння та діючи спільно з батьком І.П. на літньому майданчику кафе-бару у м. Бахмачі, безпідставно й грубо порушуючи громадський порядок, з мотивів явної неповаги до суспільства, з особливою зухвалістю вчинив хуліганські дії, які полягали в тому, що ігноруючи існуючі в суспільстві правила поведінки, разом із батьком вони витягнули заздалегідь заготовлені для заподіяння тілесних ушкоджень ножі, стали ними розмахувати і кидатися на громадян, які перебували на літньому майданчику. Під час вчинення хуліганських дій І.П. ножем завдав один удар в ногу громадянину М., внаслідок чого останній отримав тяжкі тілесні ушкодження, що спричинило смерть потерпілого.

Верховний Суд України ухвалою від 7 лютого 2006 р. вирок щодо засудженого І.П. змінив: перекваліфікував його дії з ч. 4 на ч. 2 ст. 296 КК, оскільки засуджений І.П. жодним чином не допомагав сину в заподіянні потерпілому тілесних ушкоджень, а лише в процесі здійснення хуліганства в групі зі своїм сином демонстрував взятий із собою ніж.

Вогнепальною зброєю вважаються пристрої заводського чи кустарного виробництва, призначені для ураження живої цілі за допомогою снаряда, що приводиться в рух енергією порохових газів чи інших спеціальних горючих сумішей. Це всі види бойової та іншої стрілецької зброї військового зразка, спортивні малокаліберні пістолети, гвинтівки, самопали, пристосовані для стрільби пороховими зарядами, газові пістолети, нарізна мисливська зброя, а також перероблена зброя, в тому числі обрізи із гладкоствольної мисливської зброї.

Холодною зброєю вважаються предмети, які відповідають стндартним зразкам або історично виробленим її типам зброї, чи інші предмети, що справляють колючий, колото-ріжучий, рубаючий, роздроблюваний або ударний ефект (багнет, стилет, ніж, кинджал, арбалет, нунчаку, кастет тощо), конструктивно призначені для ураження живої цілі за допомогою м'язової сили людини або механічного пристрою.

Гагарінський районний суд м. Севастополя 28 січня 2004 р. засудив за ч. 2 ст. 263 та ч. 4 ст. 296 КК М.Н., який, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння й грубо порушуючи громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, діючи з хуліганських спонукань, злякав малолітнього Ф., за якого заступився дідусь Б.В. Але М.Н., продовжуючи хуліганські дії з особливою зухвалістю, кастетом завдав удар у голову Ф.О., матері малолітнього

потерпілого, заподіявши їй рубану рану лівої вушної раковини з ушкодженням хрящової частини.

Суд правильно визнав вчинене М.Н. хуліганством із застосуванням холодної зброї ударно-роздроблюваної дії.

Іншими предметами, спеціально пристосованими для заподіяння тілесних ушкоджень, слід вважати предмети, які пристосовані винною особою для цієї мети заздалегідь або під час учинення хуліганських дій.

Використання при вчиненні хуліганства ножів, які не належать до холодної зброї, інших предметів господарсько-побутового призначення, спеціальних засобів (гумового кийка, газових пістолета, балончика, гранати, а також пневматичної зброї, сигнальних, стартових, будівельних пістолетів, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії), пневматичної зброї, сигнальних, стартових, будівельних пістолетів, ракетниць, вибухових пакетів, імітаційно-піротехнічних та освітлюваних засобів, що не містять у собі вибухових речовин і сумішей, а також інших спеціально пристосованих для заподіяння тілесних ушкоджень знарядь злочину є підставою для кваліфікації дій винної особи за ч. 4 ст. 296 КК не лише в тих випадках, коли вона заподіює ними тілесні ушкодження, а й тоді, коли ця особа за допомогою зазначених предметів створює реальну загрозу для життя чи здоров'я громадян.

Наприклад, Гагарінський районний суд м. Севастополя 26 травня 2004 р. засудив за ч. 4 ст. 296 КК Ш.Д., який, перебуваючи у приміщенні ігрових автоматів ПП «Акрос», порушуючи при цьому нормальну діяльність зазначеного підприємства, застосував газовий пістолет, зробивши з нього п'ять пострілів у потерпілого Ч.А., заподіявши йому легкі тілесні ушкодження, що спричинили короткочасний розлад здоров'я.

Застосування або спроба застосування предметів, підібраних на місці злочину (цеглина, палиця), які не були спеціально пристосовані для заподіяння тілесних ушкоджень, не дає підстав для кваліфікації дій винного за ч. 4 ст. 296 КК.

До заздалегідь заготовлених предметів, які хоч і не зазнали попереднього оброблення, але ще до початку хуліганства були заготовлені винним для заподіяння тілесних ушкоджень, можна віднести будь-які предмети (господарський, садовий або складаний ніж, молоток, шило, ножиці, гумовий кийок тощо), якими реально можна заподіяти тілесні ушкодження і які умисно й цілеспрямовано приховані чи принесені на місце вчинення злочину і були застосовані при вчиненні хуліганства. Предмети, заздалегідь заготовлені для заподіяння тілесних ушкоджень, — це такі, які за своїми об'єктивними фізичними властивостями не піддавалися будь-якому попередньому обробленню і залишаються у первісному вигляді, придатні для заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого.

Спеціально пристосованими для заподіяння тілесних ушкоджень належать такі предмети, які можуть бути знаряддям цього злочину і були для таких цілей пристосовані як завчасно, так і в ході хуліганських дій (розбиті спеціально

пляшка, віконне або дверне скло, зламаний більярдний кий тощо); за їх допомогою було заподіяно тілесне ушкодження потерпілому або мало місце реальне намагання його заподіяти. Предмети, спеціально пристосовані для заподіяння тілесних ушкоджень, набувають такої специфічної якості в разі їх виготовлення, повної або часткової зміни форми (заточене лезо викрутки), тобто предмет виготовляється чи пристосовується для зазначеної мети як у цілому, так і в будь-якій його частині. Головне, що після таких дій предмет набуває реальних властивостей, зручності та придатності для заподіяння потерпілому тілесних ушкоджень.

Шевченківський районний суд м. Львова вироком від 22 червня 2004 р. засудив Я.С. за ч. 3 ст. 296 КК із перекваліфікацією дій з ч. 4 цієї ж статті з підстав, що ніж, яким підсудний завдавав удари, вчиняючи хуліганство, не був заздалегідь заготовлений для заподіяння тілесних ушкоджень. Апеляційний суд Львівської області скасував вказаний вирок і, визнавши ніж предметом, спеціально пристосованим для заподіяння тілесних ушкоджень, засудив Я.С. за ч. 4 ст. 296 КК.

Практика судів, відповідно до якої необхідною умовою для кваліфікації дій за ч. 4 ст. 296 КК є доведеність наявності у винного мети носіння ножа для заподіяння тілесних ушкоджень, не є правильною. По-перше, ніж має колото-ріжучі властивості і за своїм призначенням може бути використаний з будь-якою метою, у тому числі для заподіяння шкоди здоров'ю громадян шляхом завдання ударів, порізів тощо, а по-друге — встановлення наявності такої мети (виходячи з різноплановості застосування ножа) на практиці є майже неможливим, що призводить до того, що хуліганські дії із завданням потерпілим ножових поранень не одержують у суді належної правової оцінки, що дає можливість винній особі й за вчинення тяжкого злочину уникнути більш суворої відповідальності.

Зважаючи на те, що суб'єктивна сторона хуліганства характеризується умисною формою вини і мотивом явної неповаги до суспільства, правильною є практика тих судів, які хуліганські дії із застосуванням ножа для заподіяння тілесних ушкоджень кваліфікують за ч. 4 ст. 296 КК незалежно від мети, з якою його носила винна особа, оскільки умисел на застосування цього знаряддя злочину може виникнути як на стадії підготовки до хуліганства, так і безпосередньо в процесі його вчинення.

При вчиненні хуліганства групою осіб за ч. 4 ст. 296 КК можуть бути кваліфіковані дії тих його учасників, які особисто застосували зброю або інший спеціально пристосований чи заздалегідь заготовлений предмет для заподіяння тілесних ушкоджень, а також тих, які хоча самі й не застосували, але дали згоду чи в інший спосіб сприяли застосуванню зазначених знарядь іншими виконавцями такого хуліганства. Якщо під час вчинення хуліганських дій одним із учасників злочину були застосовані знаряддя вчинення особливо кваліфікованого хуліганства без відома інших учасників злочину, то відповідальність за ч. 4 ст. 296 КК має нести лише особа, яка застосувала зазначені знаряддя.

Вирішуючи питання про наявність у діях винної особи такої кваліфікуючої ознаки, як застосування при вчиненні хуліганських дій вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або заздалегідь заготовленого для заподіяння тілесних ушкоджень, слід враховувати, що ця ознака має місце лише в тих випадках, коли винний за допомогою названих предметів заподіяв або намагався заподіяти тілесні ушкодження або коли їх використання у процесі хуліганських дій створювало реальну загрозу для життя чи здоров'я громадян.

Постанова
Верховного Суду України від 27 квітня 2015 року
у справі № 5-7кс15

(*рішення про встановлення нормативних ознак дрібного хуліганства*)

В судових рішеннях немає конкретизації того, у чому проявилось порушення діями особи громадського порядку і спокою громадян, та немає оцінки, чи не виключала наведена особою мотивація її поведінки наявність у неї хуліганського мотиву. У рішеннях судів також не наведено мотивів незгоди з поясненнями заявниці, яка стверджувала, що, відрізавши частину стрічки з вінка з написом від Президента України, вона не мала хуліганського мотиву, а висловлювала свою громадянську позицію, тобто використала своє право на свободу вираження поглядів – відстоювала свої політичні переконання у публічному місці.

(Витяг)

Постановою Шевченківського районного суду міста Києва від 30 серпня 2011 року Особа 1, Інформація 1, визнано винуватою у вчиненні правопорушення, передбаченого статтею 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) в редакції Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення відповідальності за окремі правопорушення» № 2744-У1 від 2 грудня 2010 року, та накладено на неї адміністративне стягнення у виді адміністративного арешту строком на 10 (десять) діб. Строк арешту постановлено рахувати з моменту фактичного затримання та визначено, що постанова суду підлягає негайному виконанню.

Як визнав суд, Особа 1 вчинила дрібне хуліганство за таких обставин.

24 серпня 2011 року приблизно о 10 годині 25 хвилин Інформація 2 біля пам'ятника Тарасу Шевченку Особа 1 з хуліганських мотивів пошкодила чуже майно, а саме вінок, покладений до пам'ятника Президентом України, шляхом виривання пам'ятної стрічки з вінка та розрізання її навпіл.

Постановою Апеляційного суду міста Києва від 21 вересня 2011 року зазначене рішення суду першої інстанції залишено без змін. На момент розгляду справи апеляційним судом заявниця вже відбула накладене на неї стягнення у виді адміністративного арешту у повному обсязі.

21 березня 2012 року Особа 1 звернулася із заявою до Європейського суду з прав людини (далі – Суд), у якій зазначала, що під час провадження у справі

про адміністративне правопорушення щодо неї були порушені положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) від 4 листопада 1950 року, ратифікованої Україною 17 липня 1997 року.

Розглянувши справу за заявою Особа 1 № 17888/12, Суд у своєму рішенні від 30 жовтня 2014 року, яке набуло статусу остаточного 30 січня 2015 року, констатував, що при постановленні національними судами рішень щодо Особа 1 були порушені: стаття 10 Конвенції - право заявниці на свободу вираження поглядів у зв'язку з тим, що до неї застосовано захід, який був непропорційним переслідуваній меті захисту громадського порядку та прав інших громадян, а тому він не був необхідним у демократичному суспільстві, та стаття 2 протоколу № 7 до Конвенції – право заявниці на ефективний перегляд в апеляційному порядку її справи у зв'язку з тим, що такий перегляд хоча і відбувся відповідно до встановленого законодавством України порядку, але мав місце після того, як вона вже відбула накладене на неї стягнення у повному обсязі, що не сприяло ефективному виправленню на цій стадії недоліків рішення суду нижчої інстанції.

Також Суд присудив відшкодувати заявниці моральну шкоду в повному обсязі в сумі 5000 євро.

У заяві від 2 лютого 2015 року про перегляд судових рішень Верховним Судом України Особа 1 просить скасувати їх та закрити провадження у справі за відсутністю в її діях складу адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 173 КУпАП.

Своє прохання Особа 1 обґрунтовує доводами, констатованими у рішенні Суду від 30 жовтня 2014 року щодо неї про те, що її дії були формою вираження поглядів і не могли бути обмежені у той спосіб, який до неї був застосований. Також Особа 1 посилається в заяві на те, що при розгляді справи про адміністративне правопорушення щодо неї суди першої і апеляційної інстанцій порушили норми матеріального права, наклавши на неї явно непропорційне та суворе стягнення за дії, які бездоказово були визнані дрібним хуліганством, оскільки вони не були подібними до образливого чіпляння до громадян та вчинені не з хуліганських мотивів.

Постановою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 березня 2015 року за заявою Особа 1 справу про адміністративне правопорушення щодо заявниці допущено до провадження Верховного Суду України.

Верховний Суд України заслухав доповідь судді Кліменко М.Р., пояснення Особа 1 та її захисника Особа 2 про задоволення заяви із наведених у ній підстав, дослідив обставини справи про адміністративне правопорушення та матеріали, додані до заяви, проаналізував наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорив доводи заяви та дійшов висновку про таке.

1. Відповідно до частини другої статті 297-1 КУпАП (в редакції Закону України від 24 травня 2012 року № 4847-У1 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення права особи на перегляд судових рішень») судові рішення по справі про адміністративне

правопорушення можуть бути переглянуті з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні судом справи про адміністративне правопорушення.

Україна зобов'язалася гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі 1 Конвенції (стаття 1 Конвенції), в тому числі і право на свободу вираження своїх поглядів (стаття 10 Конвенції), яке закріплено і в статті 34 Конституції України.

У разі встановлення міжнародною судовою установою порушення Україною цього права при розгляді судом конкретної справи про адміністративне правопорушення перегляд справи відповідно до вимог статей 297-4, 297-8, 297-9 КУпАП здійснюється Верховним Судом України незалежно від того, в якому аспекті (матеріальному чи процесуальному) допущені судом порушення Конвенції.

2. Відповідно до статті 46 Конвенції держава Україна зобов'язана виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, в якій вона є стороною.

На підставі глави 3 Закону України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» констатоване Судом порушення Конвенції може бути виконано шляхом виплати грошової компенсації, вжиття індивідуальних та/або загальних заходів. За статтею 10 цього Закону додатковими заходами індивідуального характеру є: а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який заявник мав до порушення Конвенції; б) інші заходи, передбачені у Рішенні Суду. Відновлення попереднього юридичного стану заявника здійснюється, зокрема, шляхом повторного розгляду справи, включаючи відновлення провадження у справі.

Згідно із Рекомендацією від 19 січня 2000 року № R (2000) 2 Комітету міністрів Ради Європи «Щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після прийняття рішень Європейським судом з прав людини» повторний розгляд справи, включаючи поновлення провадження, визнається адекватним способом поновлення прав і пропонується застосовувати, особливо: коли потерпіла сторона і далі зазнає негативних наслідків від рішення, ухваленого на національному рівні, – наслідків, щодо яких справедлива сатисфакція не була адекватним засобом захисту і які не можна виправити інакше, ніж через повторний розгляд або поновлення провадження, та коли рішення Суду спонукає до висновку, що оскаржене рішення національного суду суперечить Конвенції або в основі визнаного порушення лежали істотні процедурні помилки чи положення, які ставлять під серйозний сумнів результат оскарженого провадження на національному рівні.

3. Як зазначив Суд у своєму рішенні по справі «Швидка проти України» від 30 жовтня 2014 року, Конвенція захищає не тільки зміст ідей і поглядів особи, але й форму їх поширення (п. 31); дії заявниці, яка належала до опозиційної політичної партії і в присутності багатьох людей відірвала стрічку від вінка, покладеного Президентом України до пам'ятника відомому

українському поетові в День Незалежності України, свідчили про її прагнення поширити серед людей навколо себе певні ідеї щодо Президента, і це можна вважати формою вираження політичних поглядів (пункти 37, 38).

Для того, щоб втручання в свободу вираження поглядів було виправданим за статтею 10 Конвенції, воно мало бути встановленим законом, переслідувати одну або більше легітимних цілей, зазначених у частині другій цієї статті, та бути необхідним у демократичному суспільстві, тобто пропорційним переслідуваній меті. При оцінці пропорційності втручання, серед інших чинників, належало враховувати характер та суворість застосованих стягнень, зокрема якщо вони полягали у позбавленні волі (адміністративному арешті).

Як констатував у рішенні Суд, застосування до заявниці за її вчинок стягнення у виді десятиденного адміністративного арешту з посиланням на відмову заявниці визнавати свою провину, тобто накладення на неї стягнення за небажання змінити свої політичні погляди, становило втручання у її право на свободу вираження поглядів, яке в силу непропорційності не було необхідним у демократичному суспільстві (пункти 38, 40, 41).

Тому й було встановлено порушення статті 10 Конвенції - права заявниці на свободу вираження поглядів.

Таким чином, Судом визнано порушення Україною своїх зобов'язань при вирішенні судом справи щодо Особа 1 про адміністративне правопорушення, передбачене статтею 173 КУпАП, і це дає право Верховному Суду України для перегляду зазначеної справи як з погляду доведеності винуватості і кваліфікації дій Особа 1, так і правильності накладеного на неї стягнення.

4. Статтею 173 КУпАП передбачена відповідальність за дрібне хуліганство, яке тягне накладення стягнення у виді штрафу від трьох до семи неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадських робіт на строк від сорока до шестидесяти годин, або виправних робіт на строк від одного до двох місяців, або адміністративного арешту на строк до п'ятнадцяти діб.

Згідно з диспозицією статті 173 КУпАП об'єктивну сторону складу дрібного хуліганства становлять такі альтернативні діяння: 1) нецензурна лайка в громадських місцях; 2) образливе чіпляння до громадян; 3) інші подібні дії, за умови, що кожне із цих діянь порушує громадський порядок і спокій громадян, а обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони цього правопорушення є хуліганський мотив поведінки особи, яка вчиняє зазначені вище дії.

При цьому норма статті 173 КУпАП не дає однозначного визначення, що саме підпадає під поняття «інших подібних дій», що порушують громадський порядок і спокій громадян, та в чому саме проявляється хуліганський мотив дій особи, а тому це потребує з'ясування і конкретизації у кожній справі, яка вирішується судом.

У справі, яка переглядається Верховним Судом України, судом першої інстанції встановлено, що Особа 1 у денний час у громадському місці та за обставин, зазначених у постанові районного суду від 30 серпня 2011 року, діючи із хуліганських мотивів, умисно пошкодила вінок, покладений Президентом України до пам'ятника Тарасу Шевченку, шляхом виривання з вінка пам'ятної стрічки і розрізання її, чим учинила дрібне хуліганство, за що

на неї, з посиланням на характер вчиненого правопорушення і ставлення до вчиненого, яке полягало в невизнанні вини, було накладено адміністративне стягнення у виді адміністративного арешту строком на десять діб.

Залишаючи це рішення без зміни, апеляційний суд у постанові від 21 вересня 2011 року зазначив, що наведені вище дії Особа 1, вчинені в громадському місці, відкритому для відпочинку населення, слід розглядати як «інші дії», які становлять склад адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 173 КУпАП, а накладене на неї стягнення відповідає вимогам статті 33 КУпАП.

Разом з тим, в обох судових рішеннях немає конкретизації того, у чому проявилось порушення цими діями громадського порядку і спокою громадян, та немає оцінки, чи не виключала наведена Особа 1 мотивація її поведінки наявність у неї хуліганського мотиву. У рішеннях судів також не наведено мотивів незгоди з поясненнями заявниці, яка стверджувала, що, відрізавши частину стрічки з вінка з написом від Президента України, вона не мала хуліганського мотиву, а висловлювала свою громадянську позицію, тобто використала своє право на свободу вираження поглядів – відстоювала свої політичні переконання у публічному місці.

Також у зазначених рішеннях, всупереч вимогам статей 32, 33 КУпАП, які передбачають необхідність при накладенні стягнення на особу за вчинене адміністративне правопорушення враховувати характер правопорушення, його наслідки, особу порушника і застосовувати адміністративний арешт лише у виняткових випадках, не надано ніякої оцінки даним про особу Особа 1, яка мала вік 63 роки, працювала, характеризувалася позитивно, до адміністративної відповідальності притягалася вперше, та тій обставині, що її дії не мали серйозних негативних наслідків. У результаті на неї без належних підстав накладено найбільш суворе адміністративне стягнення з альтернативних стягнень, передбачених санкцією статті 173 КУпАП.

Наведена необґрунтованість судових рішень поряд з висновками Суду у рішенні по справі «Швидка проти України» є істотним порушенням такої засади судового провадження, як законність і дає підстави вважати, що в діях Особа 1 відсутній склад адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 173 КУпАП, а безпідставне накладення на неї за цією статтею стягнення у виді адміністративного арешту строком на десять діб є також порушенням конституційного принципу верховенства права, за яким рішення судів мають бути не тільки законними та обґрунтованими, а й справедливими.

З огляду на викладене заява Особа 1 підлягає задоволенню.

Відповідно до вимог статті 297-9 КУпАП, якщо Верховний Суд України за наслідками розгляду справи дійде висновку про задоволення заяви, він має право скасувати судові рішення та закрити провадження у справі.

Згідно з пунктом 1 частини першої статті 247 КУпАП провадження в справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю в разі відсутності події і складу адміністративного правопорушення.

Ураховуючи викладене та відсутність у рішеннях національних судів

встановлення у діях Особа 1 нормативних ознак дрібного хуліганства, Верховний Суд України вважає необхідним скасувати постановлені щодо неї судові рішення, а провадження у справі закрити за відсутністю в її діях складу правопорушення, передбаченого статтею 173 КУпАП.

Керуючись статтями 297-8, 297-9, 297-10 КУпАП, Верховний Суд України,

постановив:

заяву Особа 1 задовольнити.

Постанову Шевченківського районного суду міста Києва від 30 серпня 2011 року та постанову апеляційного суду міста Києва від 21 вересня 2011 року щодо Особа 1 скасувати, а справу про адміністративне правопорушення, розпочате щодо неї за статтею 173 КУпАП, закрити за відсутністю в її діях складу цього адміністративного правопорушення.

Постанова Верховного Суду України є остаточною і може бути оскаржена тільки на підставі, встановленій частиною другою статті 297-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Головуючий

Судді

ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

ЛИСТ

30.01.2013 № 223-192/0/4-13

Головам апеляційних судів областей,
міст Києва та Севастополя,
Апеляційного суду Автономної
Республіки Крим

Про практику застосування судами при розгляді справ окремих норм матеріального права щодо кваліфікації хуліганства

Відповідно до статті 34 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», статті 400-25 Кримінально-процесуального кодексу України (1960 року), статті 458 Кримінального процесуального кодексу України доводжу до вашого відома, що Верховним Судом України за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь прийнято постанову та сформульовано **обов'язкові для всіх судів України правові позиції**.

Верховний Суд України своїм рішенням (постановою від 04 жовтня 2012 року у справі № 5-17 кс 12) відмовив засудженому у задоволенні заяви про

перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2012 року, якою касаційні скарги, подані прокурором, що брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, та засудженим, залишено без задоволення, а вирок Вишгородського районного суду Київської області від 14 червня 2011 року та ухвалу апеляційного суду Київської області від 1 вересня 2011 року, без змін.

Заявника засуджено за вчинення злочину, передбаченого частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки.

Засудженого було визнано винним у вчиненні злочину за таких обставин.

16 липня 2010 року в нічний час засуджений перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходився у людному місці (вулиця), де вигулював свого собаку. При собі мав вогнепальну зброю – гладкоствольний пістолет, заряджений гумовими кулями несмертельної дії. Намагаючись відігнати від себе зграю бездомних собак, він здійснив кілька пострілів із пістолета, чим порушив спокій і відпочинок жителів вулиці, зокрема й потерпілих А. та Б. У відповідь на зауваження потерпілого А. про неприпустимість пострілів із вогнепальної зброї у нічний час у людному місці засуджений висловився на його адресу брутальною (нецензурною) лайкою і став провокувати бійку. Із мотивів явної неповаги до суспільства, ігноруючи правила співжиття, взаємоповаги, засади моральності, з особливою зухвалістю в людному місці затіяв бійку з потерпілим Б. Наставив пістолет на нього й пострілом у ліве стегно заподіяв йому легке тілесне ушкодження. Потім спрямував зброю в голову потерпілого Б., але той відвів її від себе й вибив із руки засудженого. У ході шарпанини підійшов потерпілий А. й хотів відтягнути засудженого від потерпілого Б., але той у відповідь завдав йому удар рукою в живіт, від якого потерпілий А. упав і розбив собі коліно. Хуліганські дії засудженого були припинені третіми особами.

Засуджений у заяві про перегляд судового Верховним Судом України просив ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2012 року щодо нього скасувати, а справу закрити згідно з пунктом 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України, а саме за відсутністю в його діях складу злочину. Підставами такого рішення, на думку засудженого, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло у свою чергу ухвалення різних за змістом судових рішень. Свою позицію засуджений обґрунтовував тим, що конфлікт між ним та потерпілими виник на ґрунті особистих неприязних стосунків, постріл з пістолета стався випадково під час обопільної штовханини із потерпілим, в процесі якої він упав і, коли вдарився об тверду поверхню, мимоволі натиснув на курок пістолета, який в момент падіння тримав у руці. Ці обставини, на переконання заявника, виключають кваліфікацію його дій за ознаками хуліганства.

На обґрунтування заяви засуджений надав копії судових рішень у подібних правовідносинах, зокрема копію ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2012 року, якою вирок Торезького міського суду Донецької області від 11 березня 2011 року, яким перекваліфіковано дії засудженого з частини четвертої статті 296 на частину другу статті 125 Кримінального кодексу України, залишено без змін. Для порівняння заявник послався також на ухвали суду касаційної інстанції, якими скасовано вироки судів першої інстанції та ухвали судів апеляційної інстанції у частині засудження за частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України, а справи за цими обвинуваченнями закрито на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (відсутність в діях складу злочину).

За наслідками розгляду заяви засудженого Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що ознаки складу злочину суспільно небезпечного діяння, вчиненого засудженим, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України, і в точній відповідності із цієї нормою отримали кримінально-правову оцінку (були кваліфіковані) в оскарженому рішенні.

Своє рішення Верховний Суд України обґрунтував таким чином.

Правильну кримінально-правову оцінку хуліганства та відмежування його від, зокрема, посягань проти життя і здоров'я людини, належить проводити за сукупністю ознак суспільно небезпечного діяння, які згідно із законом про кримінальну відповідальність охоплюються поняттям склад злочину і визначають діяння як злочинне та кримінально каране. Зокрема, в основі відмежування хуліганства від злочинів проти здоров'я, крім інших ознак, перебувають об'єкт злочину, який значною мірою визначає правову природу (характер) кожного із цих діянь та їхню суспільну небезпечність, і така ознака суб'єктивної сторони злочину, як його мотив.

1. Об'єктом захисту у ст. 296 КК України є громадський порядок, який слід розуміти як стан суспільних відносин, що виник, сформувався, змінюється та існує під впливом дії правових норм (значною мірою), моральних засад, звичаїв, етичних правил, традицій, інших позаюридичних чинників і знаходить свій вияв (відображається) у безпечності громадського спокою, охороні здоров'я, честі та гідності людини, її прав та свобод, зокрема, права на відпочинок, усталених правил співжиття, комунікації (спілкування), у поведінці в побуті, у повазі і ставленні членів спільноти один до одного, у нормальному функціонуванні органів державної влади, місцевого самоврядування, різних установ, організацій, громадських об'єднань, інших інституцій, які займаються корисною суспільною діяльністю.

Посягання на ці відносини здійснюються в активній формі, в основному з ініціативи правопорушника або через використання незначного (нікчемного) приводу, як правило, відбуваються в публічних (громадських, людних) місцях, супроводжуються ненормативною (брутальною, нецензурною) лексикою та/або фізичним насильством, зокрема із використанням травмуючих властивостей

таких предметів, як вогнепальна зброя, і призводять до заподіяння моральної та матеріальної шкоди. За зовнішнім виявом (набором фактів) хуліганство певним чином схоже на ряд інших діянь, зокрема найбільше на ті з них, які посягають на здоров'я, честь та гідність людини, її майно. Однак схожість цих діянь не завжди може бути підставою для визнання їх однаковими (рівнозначними).

Хуліганські дії завжди посягають на громадський порядок та інші зазначені вище об'єкти захисту. Зміст та спрямованість цього діяння висновуються із характеру дій особи, яка їх вчиняє, а також із стосунків, які склалися між такою особою та потерпілим.

2. В основі відмежування хуліганства від злочинів проти здоров'я, крім інших ознак, перебуває і така ознака суб'єктивної сторони злочину, як його мотив. Особливість мотиву хуліганства полягає у причинній зумовленості. Спонуки вчинити такі дії можуть бути різні. Поєднує їх те, що вони, здебільшого, позбавлені будь-якої необхідності, нерідко постають із бажання особи показати свою ніби вищість (винятковість), чи з розгнузданого самолюбства, пов'язаного з неповагою до особи, людської гідності, байдужим ставленням до законів і правил поведінки.

Верховний Суд України у згаданій постанові (від 04 жовтня 2012 року № 5-17 кс 12) акцентував увагу на роз'ясненні, наданому в постанові Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 року № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство», згідно з яким суди мають відрізняти хуліганство від інших злочинів залежно від спрямованості умислу, мотивів, цілей винного та обставин учинення ним кримінально караних дій. Дії, що супроводжувалися погрозами вбивством, завданням побоїв, заподіянням тілесних ушкоджень, вчинені винним щодо членів сім'ї, родичів, знайомих і викликані особистими неприязними стосунками, неправильними діями потерпілих тощо, слід кваліфікувати за статтями Кримінального кодексу України, що передбачають відповідальність за злочини проти особи. Як хуліганство зазначені дії кваліфікують лише у тих випадках, коли вони були поєднані з очевидним для винного грубим порушенням громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства та супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

3. Початок прояву хуліганства (ст. 296 КК України) може бути різний: наприклад, особа може завчасно передбачити, що перебуватиме у громадському місці під час проведення якихось заходів, й у зв'язку із цим готується, налаштовує себе на вчинення у той час відповідних протиправних дій, або ж рішення вчинити такі дії може виникнути спонтанно, раптово, ситуативно. Однак для кваліфікації хуліганства момент виникнення бажання його вчинити не є визначальним, оскільки не є конструктивною ознакою (складовою) цього посягання. Цей стан не виключає й того, що особа, яка не планувала або завчасно не готувалася і не мала наміру вчинити хуліганство, водночас може скоїти це діяння згодом за будь-яких обставин.

4. При відмежуванні хуліганства від, зокрема, посягань проти життя і здоров'я людини судам необхідно враховувати, що суспільно небезпечне діяння не може бути кваліфіковано як хуліганство за наявності у сукупності

таких обставин справи (провадження) : 1) засуджені і потерпілі між собою були знайомі; 2) до злочинного посягання перебували в особистих неприязних стосунках; 3) поштовхом до заподіяння тілесних ушкоджень стала поведінка самих потерпілих; 4) зі змісту протиправних дій кожного із засуджених простежується бажання завдати шкоди власне здоров'ю потерпілих через особисту неприязнь до них.

Із повним текстом постанови Верховного Суду України від 04 жовтня 2012 року № 5-17 кс можна ознайомитися у Єдиному державному реєстрі судових рішень, на офіційному веб-сайті Верховного Суду України чи на офіційному веб-сайті Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у розділі «Судова практика».

Відповідно до ст. 400-25 КПК України (1960 року), ст. 458 КПК України рішення (висновки) Верховного Суду України, прийняте (викладені в його ухвалах) за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів (підстав) неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України.

З огляду на викладене звертаємо вашу увагу на необхідність приведення судової практики у відповідність до цього судового рішення Верховного Суду України.

Виконуючий обов'язки Голови С. М. Міщенко

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 жовтня 2012 року у справі № 5-17кс12

(рішення про правильну кваліфікацію хуліганства в аспекті розмежування його із злочинами проти здоров'я особи)

В основі відмежування хуліганства від злочинів проти здоров'я особи, крім інших ознак, перебувають об'єкт злочину, який значною мірою визначає правову природу (характер) кожного із цих діянь та їхню суспільну небезпечність, і така ознака суб'єктивної сторони злочину, як його мотив.

Хуліганські дії завжди посягають на громадський порядок та деякі інші об'єкти злочинів. Зміст та спрямованість цього діяння висновуються із характеру дій особи, яка їх вчиняє, а також із стосунків, які склалися між такою особою та потерпілим.

Особливість мотиву хуліганства полягає у причинній зумовленості. Спонуки вчинити такі дії можуть бути різними. Поєднує їх те, що вони, здебільшого, позбавлені будь-якої необхідності, нерідко постають із бажання особи показати свою ніби вищість (винятковість), чи з

розгнузданого самолюбства, пов'язаного з неповагою до особи, людської гідності, байдужим ставленням до законів і правил поведінки.

(Витяг)

Вироком Вишгородського районного суду Київської області від 14 червня 2011 року, залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Київської області від 1 вересня 2011 року,

ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, уродженця ІНФОРМАЦІЯ_2, мешканця ІНФОРМАЦІЯ_3, такого, що не має судимості,

засуджено за частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк чотири роки.

На підставі статті 75 Кримінального кодексу України ОСОБА_1.1 звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком два роки з покладенням обов'язків, передбачених статтею 76 цього ж Кодексу.

ОСОБА_1.1 визнано винним у злочині, скоєному за таких обставин.

16 липня 2010 року в нічний час – приблизно о 23 годині 50 хвилин – ОСОБА_1.1, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, знаходився на вулиці Ягідній у місті Вишгороді Київської області, де вигулював свого собаку. При собі мав вогнепальну зброю – гладкоствольний пістолет, заряджений гумовими кулями несмертельної дії.

Намагаючись відігнати від себе зграю бездомних собак, ОСОБА_1.1 здійснив кілька пострілів із пістолета, чим порушив спокій і відпочинок жителів вулиці, зокрема й потерпілих ОСОБА_3.1 та ОСОБА_4, мешканців ІНФОРМАЦІЯ_4. У відповідь на зауваження ОСОБА_3.1 про неприпустимість пострілів із вогнепальної зброї у нічний час у людному місці ОСОБА_1.1 висловився на його адресу брутальною (нецензурною) лайкою і став провокувати бійку.

Коли на вулицю вийшли спочатку ОСОБА_4, зять ОСОБА_3.1, а потім і сам ОСОБА_3.1, ОСОБА_1.1 продовжив грубо порушувати громадський порядок. Із мотивів явної неповаги до суспільства, ігноруючи правила співжиття, взаємоповаги, засади моральності, з особливою зухвалістю в людному місці затіяв бійку з ОСОБА_4. Наставив пістолет на нього й пострілом у ліве стегно заподіяв йому легке тілесне ушкодження. Потім спрямував зброю в голову ОСОБА_4, але той відвів її від себе й вибив із руки ОСОБА_1.1. У ході шарпанини підійшов ОСОБА_3.1 й хотів відтягнути ОСОБА_1.1 від ОСОБА_4, але той у відповідь завдав йому удар рукою в живіт, від якого ОСОБА_3.1 упав і розбив собі коліно.

На шум бійки з будинку вибігли дружина ОСОБА_3.1 та дружина ОСОБА_1.1, які припинили хуліганські дії останнього.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 28 лютого 2012 року касаційні скарги прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, та засудженого ОСОБА_1.1 залишив без задоволення, а судові рішення – без змін.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України засуджений ОСОБА_1.1 просить ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2012 року щодо нього скасувати, а справу закрити згідно з пунктом 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України, а саме за відсутністю в його діях складу злочину. Підставами такого рішення, на його думку, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Вважає, що конфлікт між ним та потерпілими виник на ґрунті особистих неприязних стосунків, постріл з пістолета стався випадково під час обопільної штовханини із ОСОБА_4, в процесі якої він упав і, коли вдарився об тверду поверхню, мимоволі натиснув на курок пістолета, який в момент падіння тримав у руці. Ці обставини, на переконання заявника, виключають кваліфікацію його дій за ознаками хуліганства.

На обґрунтування заяви засуджений ОСОБА_1.1 надав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 квітня 2012 року в справі щодо ОСОБА_5. У цій справі Торезький міський суд Донецької області вироком від 11 березня 2011 року перекваліфікував дії засудженого з частини четвертої статті 296 на частину другу статті 125 Кримінального кодексу України, а касаційний суд погодився з таким рішенням, залишивши судове рішення без змін.

Для порівняння заявник послався також на справу щодо ОСОБА_3, яку Новоазовський районний суд Донецької області вироком від 20 серпня 2009 року визнав винною у злочинах, передбачених частиною першою статті 121, частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ своєю ухвалою від 9 серпня 2011 року цей вирок у частині засудження за частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України скасувала, а справу за цим обвинуваченням закрила на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України за відсутністю в діях складу злочину.

Як приклад неоднакового застосування норми закону про кримінальну відповідальність заявник надав кримінальну справу стосовно ОСОБА_1, яку Синельниківський міськрайонний суд Дніпропетровської області вироком від 27 жовтня 2010 року визнав винною у злочинах, передбачених частиною першою статті 122, частиною першою статті 296 Кримінального кодексу України. Касаційний суд – колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – своєю ухвалою від 21 квітня 2011 року цей вирок у частині засудження за частиною першою статті 296 Кримінального кодексу України скасувала з тих самих підстав, що й у справі стосовно ОСОБА_3.

Засуджений ОСОБА_1.1 вважає, що у порівнюваних судових рішеннях касаційний суд правильно визначив характер взаємин, що склалися між засудженими та потерпілими напередодні та під час злочину, правильно оцінив обстановку, за якої розгорталася подія посягання, і, дійшовши висновку, що

протиправні дії засуджених ОСОБА_5, ОСОБА_3 та ОСОБА_1 були зумовлені особистими неприязними стосунками й не містили в собі ознак грубого порушення громадського порядку, слушно скасував рішення судів нижчих інстанцій про засудження їх за хуліганство (справи щодо ОСОБИ_3 і ОСОБА_1) та погодився з перекваліфікацією цього діяння на злочин проти здоров'я особи (справа стосовно ОСОБА_5). Ці обставини, на думку заявника, подібні до фактичних даних діяння, поставленого йому у провину, однак в оскарженому рішенні вони отримали протилежну кримінально-правову оцінку. Зазначені розбіжності вказують на неоднакове застосування норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь і є достатніми підставами для визнання оскарженого рішення касаційного суду незаконним та закриття справи із наведених у його заяві підстав.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення заявника ОСОБА_1.1 та його представника – адвоката ОСОБА_2 про задоволення заяви із наведеного в ній обґрунтування, пояснення прокурора Курапова М.В. про безпідставність доводів заяви та правильність висновків суду касаційної інстанції, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви та дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою ОСОБА_1.1 допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному главою 32^{1} Кримінально-процесуального кодексу, і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} цього Кодексу.

2. Норми, передбачені частиною першою статті 296 КК України – хуліганство (основний склад злочину) – та частиною четвертою цієї самої статті, з-поміж інших ознак, – хуліганство, вчинене із застосуванням вогнепальної зброї (кваліфікований склад злочину), – визначають обсяг (стан, зміст, певну сукупність) суспільних відносин, які охороняються їх дією, й водночас визначають умови, характер, підстави застосування заходів примусу до суб'єктів, які порушили встановлений ними обов'язок утримуватися від учинення дій певного змісту.

Об'єктом захисту цих норм є громадський порядок, який слід розуміти як стан суспільних відносин, що виник, сформувався, змінюється та існує під впливом дії правових норм (значною мірою), моральних засад, звичаїв, етичних правил, традицій, інших позаюридичних чинників і знаходить свій вияв (відображається) у безпечності громадського спокою, охороні здоров'я, честі та гідності людини, її прав та свобод, зокрема, права на відпочинок, усталених правил співжиття, комунікації (спілкування), у поведінці в побуті, у повазі і ставленні членів спільноти один до одного, у нормальному функціонуванні органів державної влади, місцевого самоврядування, різних установ, організацій, громадських об'єднань, інших інституцій, які займаються корисною суспільною діяльністю.

Посягання на ці відносини здійснюються в активній формі, в основному з ініціативи правопорушника або через використання незначного (нікчемного)

приводу, як правило, відбуваються в публічних (громадських, людних) місцях, супроводжуються ненормативною (брутальною, нецензурною) лексикою та/або фізичним насильством, зокрема із використанням травмуючих властивостей таких предметів, як вогнепальна зброя, і призводять до заподіяння моральної та матеріальної шкоди.

За зовнішнім виявом (набором фактів) хуліганство певним чином схоже на ряд інших діянь, зокрема найбільше на ті з них, які посягають на здоров'я, честь та гідність людини, її майно.

Однак схожість цих діянь не завжди може бути підставою для визнання їх однаковими (рівнозначними).

Правильну кримінально-правову оцінку хуліганства та відмежування його від, зокрема, посягань проти життя і здоров'я людини, а звідси – визначення однаковості чи неоднаковості застосування норми закону про кримінальну відповідальність, належить проводити за сукупністю ознак суспільно небезпечного діяння, які згідно із законом про кримінальну відповідальність охоплюються поняттям склад злочину і визначають діяння як злочинне та кримінально каране.

В основі відмежування хуліганства від злочинів проти здоров'я, крім інших ознак, перебувають об'єкт злочину, який значною мірою визначає правову природу (характер) кожного із цих діянь та їхню суспільну небезпечність, і така ознака суб'єктивної сторони злочину, як його мотив.

Хуліганські дії завжди посягають на громадський порядок та інші зазначені вище об'єкти захисту. Зміст та спрямованість цього діяння висновуються із характеру дій особи, яка їх вчиняє, а також із стосунків, які склалися між такою особою та потерпілим.

Особливість мотиву хуліганства полягає у причинній зумовленості. Спонуки вчинити такі дії можуть бути різні. Поєднує їх те, що вони, здебільшого, позбавлені будь-якої необхідності, нерідко постають із бажання особи показати свою ніби вищість (винятковість), чи з розгнузданого самолюбства, пов'язаного з неповагою до особи, людської гідності, байдужим ставленням до законів і правил поведінки.

У контексті сказаного слід послатися й на роз'яснення постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 року № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство», в яких зазначено, що суди мають відрізняти хуліганство від інших злочинів залежно від спрямованості умислу, мотивів, цілей винного та обставин учинення ним кримінально караних дій. Дії, що супроводжувалися погрозами вбивством, завданням побоїв, заподіянням тілесних ушкоджень, вчинені винним щодо членів сім'ї, родичів, знайомих і викликані особистими неприязними стосунками, неправильними діями потерпілих тощо, слід кваліфікувати за статтями Кримінального кодексу України, що передбачають відповідальність за злочини проти особи. Як хуліганство зазначені дії кваліфікують лише у тих випадках, коли вони були поєднані з очевидним для винного грубим порушенням громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства та супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

3. У кримінальній справі, в якій заявлено клопотання про перегляд судового рішення, фактичною підставою кваліфікації діяння ОСОБА_1.1, із дійсністю якої погодився суд касаційної інстанції, стали об'єктивні дані (обставини), досліджені в судовому засіданні й зазначені у вироку. Під час юридичної оцінки цих даних були з'ясовані: природа взаємин, які склалися між ОСОБА_1.1 та потерпілими; причина виникнення діяння; час, обстановка та обставини, за яких відбувався перебіг посягання; характер та динаміка дій ОСОБА_1.1, властивості використаного ним знаряддя посягання; характер наслідків та причинний зв'язок між ними та діями ОСОБА_1.1.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення було зроблено висновок про наявність у діях ОСОБА_1.1 ознак хуліганства, вчиненого із застосуванням вогнепальної зброї.

ОСОБА_1.1 у своїй заяві посилається на існування особистої неприязні між ним та потерпілими, яка виникла раніше через їхнє незадоволення тим, що мешканці масиву за місцем проживання обрали його головою ініціативної групи замість матері дружини потерпілого ОСОБА_4.

Цим обставинам суд надав належну правову оцінку і відкинув як неспроможні.

Як видно із висновків оспореного рішення, питання про обрання голови ініціативної групи за своїм змістом та наслідками не було конфліктним, вичерпало себе на момент його розгляду, не отримало негативного подальшого розвитку, не викликало особистої неприязні між ОСОБА_1.1 та потерпілими і, як видно із перебігу інкримінованого ОСОБА_1.1 посягання, не стало складовою (умовою) причини його вчинення.

Автор заяви покликається також на те, що вогнепальну зброю він взяв не для використання її травмувальних властивостей з хуліганською метою, а для самозахисту, і що постріл із неї у нічний час та в людному місці був зумовлений необхідністю захиститися від зграї бездомних собак.

Твердження такого змісту не впливають на кримінально-правову оцінку хуліганства.

Початок прояву такого діяння може бути різний: наприклад, особа може завчасно передбачити, що перебуватиме у громадському місці під час проведення якихось заходів, й у зв'язку із цим готується, налаштовує себе на вчинення у той час відповідних протиправних дій, або ж рішення вчинити такі дії може виникнути спонтанно, раптово, ситуативно. Однак для кваліфікації хуліганства момент виникнення бажання його вчинити не є визначальним, оскільки не є конструктивною ознакою (складовою) цього посягання. Цей стан не виключає й того, що особа, яка не планувала або завчасно не готувалася і не мала наміру вчинити хуліганство, водночас може скоїти це діяння згодом за будь-яких обставин.

Постріл у повітря з вогнепальної зброї із зазначеною у заяві ціллю, дійсно, за певних обставин може бути виправданим. Таке ж трактування ці дії могли мати й за обстановки, описаної в судовому рішенні, але тоді, якщо б ОСОБА_1.1 у загальноприйнятній формі пояснив потерпілим причини застосування зброї. Натомість він, судячи з характеру його подальших дій,

надав цьому пострілу протилежного значення й у відповідь на зауваження потерпілого вчинив інкриміновані йому дії.

4. У своїй заяві ОСОБА_1.1, як убачається з її змісту, поза зв'язком із предметом судового перегляду оспорює фактичні обставини справи, заперечує обґрунтованість висновків суду касаційної інстанції і просить дати їм відповідну правову оцінку з урахуванням наведених у заяві мотивів.

Зазначені твердження не стосуються (виходять за межі) визначеного законом предмета перегляду судового рішення, а тому не можуть бути підставами для його зміни чи скасування.

5. У судових рішеннях касаційного суду, на які робиться посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини кожного із суспільно небезпечних діянь за окремими ознаками схожі на діяння, вчинене ОСОБА_1.1. Ця схожість частково простежується: в об'єкті посягання – здоров'я людини; у формі зовнішнього вияву, наслідках та причинному зв'язку – застосування фізичного насильства, що призвело до спричинення тілесних ушкоджень; у формі вини – прямий умисел. Подібність проявляється також і в тому, що ушкодження завдавалися у громадських місцях (справа щодо ОСОБА_5 та ОСОБА_1), у приватному приміщенні в присутності сторонніх осіб (справа щодо ОСОБА_3).

Водночас зазначена схожість повною мірою не уподібнює ці діяння із діянням, вчиненим ОСОБА_1.1, оскільки вони містять ознаки, якими різняться між собою, і, таким чином, унеможливлюють однакове застосування до них одних і тих самих норм матеріального закону. Зокрема, у порівнюваних суспільно небезпечних діяннях установлено, що: засуджені і потерпілі між собою були знайомі; до злочинного посягання перебували в особистих неприязних стосунках; поштовхом до заподіяння тілесних ушкоджень стала поведінка самих потерпілих; зі змісту протиправних дій кожного із засуджених простежується бажання завдати шкоди власне здоров'ю потерпілих через особисту неприязнь до них.

6. Підсумовуючи наведене, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що ознаки складу злочину суспільно небезпечного діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України, і в точній відповідності із цієї нормою отримали кримінально-правову оцінку (були кваліфіковані) в оспореному рішенні.

Оскільки фактичні обставини діяння ОСОБА_1.1 та їх правова оцінка не викликали (не зумовили) неоднакового застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність, підстав для втручання у рішення суду касаційної інстанції немає.

Керуючись статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити в задоволенні заяви ОСОБА_1.1 про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2012 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 лютого 2015 року у справі № 5-41кс14

(рішення про правильний висновок суду щодо відсутності у діях особи складу хуліганства)

Фактичні обставини справи, як вони встановлені судом, свідчать, що конфлікт між винуватим і потерпілим виник на ґрунті особистих неприязних стосунків, а також про відсутність у винуватого умислу на вчинення хуліганства, а в його діях, відповідно – грубого порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

Суд також визнав не спростованою доказами позицію винуватого щодо наявності у нього в момент пострілу підстав для самозахисту і розцінив ці дії як необхідна оборона.

Ураховуючи наведене, суд касаційної інстанції обґрунтовано визнав правильним висновок судів першої і апеляційної інстанцій про відсутність у діях винуватого складу хуліганства.

(Витяг)

Вироком Рівненського міського суду Рівненської області від 4 березня 2014 року ОСОБА_4, ІНФОРМАЦІЯ_1, виправдано за частиною четвертою статті 296 Кримінального кодексу України (далі – КК) за відсутністю в його діях складу злочину.

Ухвалою Апеляційного суду Рівненської області від 6 травня 2014 року вирок залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 2 жовтня 2014 року зазначені судові рішення залишено без зміни.

ОСОБА_4 органами досудового слідства обвинувачувався в тому, що він 30 серпня 2009 року приблизно о 19 годині біля ІНФОРМАЦІЯ_2 грубо порушив громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, яка полягала у зневажливому ставленні до громадського порядку та існуючих у суспільстві загальноприйнятих правил та норм поведінки, учинив конфлікт із громадянином ОСОБА_3, у ході якого в присутності інших осіб висловлювався

на адресу ОСОБА_3 нецензурними словами, після чого зробив у нього прицільний постріл з вогнепальної зброї, спричинивши непроникаюче кульове поранення (травматично-гумове) м'яких тканин тилу правої ступні, яке має ознаки легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я.

У заяві представник потерпілого ОСОБА_2 зазначає, що підставою для перегляду вказаних судових рішень є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Його позиція ґрунтується на тому, що суд касаційної інстанції безпідставно погодився з висновками судів нижчого рівня про відсутність у діях ОСОБА_4 складу злочину – хуліганства з огляду на те, що конфлікт між виправданим та потерпілим відбувся на ґрунті особистих неприязних стосунків і не супроводжувався грубим порушенням громадського порядку, а постріл з газового пістолету, який не є вогнепальною зброєю та предметом, спеціально підготовленим для нанесення тілесних ушкоджень, пов'язаний із захистом ОСОБА_4 своїх законних інтересів від протиправних дій ОСОБА_3.

Окрім того, у заяві вказується про істотні порушення судом першої інстанції вимог кримінально-процесуального закону, на які не звернув увагу касаційний суд, пов'язані з неналежним і однобічним дослідженням доказів, що призвело до неправильності встановлення фактичних обставин справи.

На обґрунтування заяви представник потерпілого надав ухвалу Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року, в якій констатовано правильність засудження ОСОБИ_1 за частиною четвертою статті 296 КК. Подібність суспільно небезпечних діянь та неоднаковість застосування одних і тих самих норм кримінального закону представник потерпілого вбачає в тому, що в обох справах мали місце аналогічні обставини, однак ОСОБА_1, яка стверджувала про застосування молотка і ножа з метою захисту своїх дружини та дитини, засуджена за хуліганство, тоді як ОСОБА_4, який застосував газовий пістолет, виправдано.

У копії ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2012 року йдеться про те, що в ході хуліганських дій ОСОБА_7 застосував газовий балончик, який при собі постійно носив з метою самозахисту, а тому касаційний суд погодився з рішенням судів першої та апеляційної інстанцій про визнання його предметом, спеціально пристосованим для нанесення тілесних ушкоджень, та кваліфікацію дій засудженого за частиною четвертою статті 296 КК. На думку представника потерпілого, за аналогічних обставин виправдання ОСОБА_4 є свідченням неоднакового застосування касаційним судом одних і тих самих норм кримінального закону.

Також на підтвердження своїх доводів представник ОСОБА_2 додав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 грудня 2010 року, якою скасовано судові рішення щодо ОСОБА_5 і справу направлено на новий судовий розгляд, у тому числі й у зв'язку з передчасністю виправдання ОСОБИ_5 з підстав відсутності в його

діях ознак хуліганства, вчиненого із застосуванням предмета, спеціально пристосованого для нанесення тілесних ушкоджень.

Заявник просить скасувати ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо ОСОБА_4, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд), заслухавши суддю-доповідача, прокурора, який заперечував проти задоволення заяви, перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговоривши зазначені в ній доводи, вважає, що заява задоволенню не підлягає.

Представник потерпілого звернувся до Верховного Суду України із заявою про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 2 жовтня 2014 року з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400[12] Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Відповідно до цієї норми закону Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень, що набрали законної сили, у разі неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і не переглядає питання щодо доведеності винуватості особи та невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи внаслідок неналежного, неповного та однобічного дослідження доказів.

Водночас за змістом заяви неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь представник потерпілого убачає у неправильному встановленні судом першої інстанції фактичних обставин справи з огляду на однобічне і неналежне дослідження доказів та їх оцінку.

Однак з урахуванням зазначених вимог закону ці доводи не є предметом розгляду Верховного Суду України. Тому, вирішуючи питання про правильність кримінально-правої оцінки касаційною інстанцією діяння, вчиненого ОСОБА_4, а відтак – однаковість чи неоднаковість застосування норми закону про кримінальну відповідальність, Верховний Суд України виходить з установлених фактичних обставин, викладених у судових рішеннях, що набрали законної сили.

Зокрема, суд встановив, що між ОСОБА_4 та ОСОБА_3, які є сусідами, існували довготривалі стійкі неприязні стосунки з проявами крайньої недоброзичливості і 30 серпня 2009 року між ними відбулась приватно-побутова суперечка з приводу розміщення автомобіля потерпілого перед входом у домоволодіння ОСОБА_4 та перешкоди останньому у вільному доступі до помешкання. Під час взаємної сварки, яка мала короткотривалий характер, ОСОБА_4, перешкоджаючи протиправному проникненню ОСОБА_3 на територію його домоволодіння, вчинив постріл з газового пістолета, яким володів на законних підставах, що не супроводжувалося лайкою, образами і

погрозами.

Оцінюючи правильність застосування норми права в оскаржуваному рішенні касаційного суду, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України виходить із правового висновку Верховного Суду України, сформульованого в рішенні від 4 жовтня 2012 року (справа № 5-17 кс 12), у якому дано юридичну характеристику складу злочину – хуліганство та пояснено відмінність його від злочинів, учинених на ґрунті особистих неприязних стосунків.

У контексті даної справи у цьому висновку зазначено, що об'єктом посягання при хуліганстві є громадський порядок, який слід розуміти як стан суспільних відносин, що виник, сформувався, змінюється та існує під впливом дії правових норм (значною мірою), моральних засад, звичаїв, етичних правил, традицій, інших позаюридичних чинників і знаходить свій вияв (відображається) у безпечності громадського спокою, охороні здоров'я, честі та гідності людини, її прав та свобод, зокрема, усталених правил поведінки в побуті, у повазі і ставленні членів спільноти один до одного.

В основі відмежування хуліганства від злочинів проти здоров'я, крім інших ознак, перебувають об'єкт злочину, який значною мірою визначає правову природу (характер) кожного із цих діянь та їхню суспільну небезпечність, і така ознака суб'єктивної сторони злочину, як його мотив.

Хуліганські дії завжди посягають на громадський порядок. Зміст та спрямованість цього діяння висновуються з характеру дій особи, яка їх вчиняє, а також із стосунків, які склалися між учасниками конфлікту.

Такий висновок узгоджується і з положеннями пункту 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 10 від 22 грудня 2006 року «Про судову практику у справах про хуліганство», згідно з якими суди мають відрізняти хуліганство від інших злочинів залежно від спрямованості умислу, мотивів, цілей винного та обставин учинення ним кримінально караних дій. Дії, що супроводжувалися погрозами вбивством, завданням побоїв, заподіянням тілесних ушкоджень, вчинені винним щодо членів сім'ї, родичів, знайомих і викликані особистими неприязними стосунками, неправильними діями потерпілих тощо, слід кваліфікувати за статтями КК, що передбачають відповідальність за злочини проти особи. Як хуліганство зазначені дії кваліфікують лише в тих випадках, коли вони були поєднані з очевидним для винного грубим порушенням громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства та супроводжувались особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом.

Фактичні обставини справи, як вони встановлені судом, свідчать, що конфлікт між ОСОБА_4 та ОСОБА_3 виник на ґрунті особистих неприязних стосунків та про відсутність у ОСОБА_4 умислу на вчинення хуліганства, а в його діях – грубого порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом .

Суд також визнав не спростованою доказами (що відповідно до частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року не

є предметом перевірки Верховним Судом України) позицію ОСОБА_4 щодо наявності у нього в момент пострілу підстав для самозахисту і розцінив ці дії як необхідна оборона.

Така оцінка судом першої інстанції дій ОСОБА_4, з якою погодився і касаційний суд, узгоджується з положеннями частини п'ятої статті 36 КК та роз'ясненнями, що містяться в пункті 3 постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» про те, що застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів незалежно від тяжкості заподіяної шкоди тому, хто посягає, якщо воно здійснене для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, є правомірним.

Ураховуючи наведене, суд касаційної інстанції обґрунтовано визнав правильним висновок судів першої і апеляційної інстанцій про відсутність у діях ОСОБА_4 складу злочину – хуліганства.

У судовому рішенні Верховного Суду України від 10 жовтня 2006 року щодо ОСОБИ_1, на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність за окремими елементами складу злочину з фактичними обставинами діяння, у вчиненні якого обвинувачувався ОСОБА_4, отримали іншу кримінально-правову кваліфікацію. Зокрема, суд касаційної інстанції визнав обґрунтованим рішення судів нижчої ланки про наявність у діях засудженого складу злочину – хуліганство. При цьому суд виходив із того, що ОСОБА_1 застосував насильство з хуліганських мотивів, а не у стані необхідної оборони.

В оспореній ухвалі суд касаційної інстанції погодився з висновками судів нижчого рівня про відсутність у ОСОБА_4 хуліганського мотиву та наявність у нього стану необхідної оборони.

Отже, в результаті порівняння дій, які вчинив ОСОБА_4, та ОСОБИ_1 у порівнюваному рішенні у зазначеному вище аспекті неоднакового застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність не виявлено.

Надана для порівняння ухвала Верховного Суду України від 16 грудня 2010 року не може бути підставою для перегляду оспорюваного рішення, оскільки нею скасовано судові рішення щодо ОСОБА_5 і направлено справу на новий судовий розгляд без правозастосовного висновку щодо частини четвертої статті 296 КК лише з констатацією передчасності виправдання з підстав відсутності в діях ОСОБА_5 ознак хуліганства.

Що ж стосується кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною четвертою статті 296 КК – застосування предмету, спеціально пристосованого для нанесення тілесних ушкоджень, то з огляду на висновок суду про відсутність у діях ОСОБА_4 складу злочину – хуліганство – оцінка правильності застосування вказаної норми закону про кримінальну відповідальність не є необхідною, а тому Верховний Суд України не вдається до порівняння оспореної ухвали й ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2012 року.

Підсумовуючи наведене, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що в межах заявлених вимог підстави для втручання в рішення суду касаційної інстанції відсутні.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити в задоволенні заяви представника ОСОБА_2 в інтересах потерпілого ОСОБА_3.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 27 лютого 2004 р. № 2

Втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність посягає на основи суспільної моралі у сфері розвитку і виховання молодого покоління, згубно впливає на молодих людей, створює для них спотворені орієнтири, прищеплює асоціальні ідеї, аморальні погляди й навички, істотно впливає на рівень злочинності неповнолітніх. Особливо небезпечними є дії, спрямовані на втягнення осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, у злочинні групи, у вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів, а також тих, які поєднані з незаконним обігом наркотичних засобів або зброї, із застосуванням насильства посягають на статеву свободу та статеву недоторканність особи.

У зв'язку з наведеним правильне застосування законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, своєчасний та якісний судовий розгляд справ такої категорії є важливим засобом запобігання злочинності. Суди України в основному додержують вимог зазначеного законодавства, проте при вирішенні таких справ трапляються й випадки порушення як матеріального, так і процесуального закону.

З метою забезпечення правильного й однакового застосування цього законодавства при здійсненні судочинства Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що відповідно до пунктів 5 і 6 ч. 1 ст. 433 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) при розгляді справ

про злочини неповнолітніх, у тому числі вчинені ними спільно з дорослими, поряд з іншими мають встановлюватись і обставини, що негативно впливали на виховання підсудних, та наявність дорослих підмовників й інших осіб, які втягнули їх у злочинну діяльність.

Суди також повинні з'ясовувати, чи не призвело до вчинення неповнолітнім конкретного злочину те, що дорослі втягували його в антигромадську діяльність.

Встановивши під час судового розгляду справи, що неповнолітній вчинив злочин внаслідок втягнення його в таке діяння дорослим, особу якого органами досудового слідства не встановлено або якого не було притягнуто за це до кримінальної відповідальності, а також факти втягнення неповнолітнього в антигромадську діяльність, суд залежно від конкретних обставин справи своєю постановою (ухвалою) повідомляє прокурора про вчинення цих злочинів (ст. 278 КПК), або повертає справу на додаткове розслідування (ст. 281 КПК), або відповідно до ст. 23-2 КПК виносить окрему постанову (ухвалу).

За допомогою таких же процесуальних документів суд повинен реагувати на невиконання органами досудового слідства покладеного на них ст. 433 КПК обов'язку повно й усебічно з'ясовувати обставини, що негативно впливали на виховання неповнолітнього, який вчинив злочин, виявляти дорослих осіб, котрі втягнули його в злочинну чи іншу антигромадську діяльність, притягувати останніх до передбаченої законом відповідальності.

2. У справах про втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність суди мають перевіряти, чи зазначено чітко й конкретно у постановах про притягнення як обвинуваченого та в обвинувальних висновках, у чому саме полягало втягнення, його форми та способи, а якщо дорослий вчинив злочин у групі з неповнолітнім, – роль кожного з них. Встановивши, що зазначені вимоги закону органами досудового слідства чи прокурорами належним чином не виконані, суд при попередньому розгляді справи вправі повернути її прокурору або на додаткове розслідування з дотриманням умов, визначених у статтях 249-1 чи 246 КПК.

Звернути увагу судів на те, що при розгляді справ про злочини, вчинені неповнолітніми у групі з дорослими особами, має бути реально забезпечено право неповнолітніх на захист і дотримано всіх вимог закону щодо особливостей розгляду справ цієї категорії. Зокрема, є неприпустимим здійснення захисту неповнолітнього і дорослого співучасників злочину одним і тим же захисником.

Судам необхідно з'ясовувати, які форми та способи втягнення неповнолітнього у вчинення протиправних дій застосовувалися дорослою особою, характер фізичного або психічного примусу, а також – чи не зловживала ця особа службовою, матеріальною або іншою залежністю від неї неповнолітнього. З метою повного з'ясування зазначених обставин справи суд відповідно до ст. 261 КПК має забезпечити сторонам рівні можливості для подання доказів, а за необхідності – дослідити їх за власною ініціативою.

Засуджуючи дорослих осіб за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, суди повинні приділяти належну увагу

формулюванню обвинувачення, визнаного судом доведеним, розкриваючи як суб'єктивну, так і об'єктивну сторони діянь із зазначенням конкретних форм і способів втягнення та ролі дорослих у вчиненні злочинів у групі з неповнолітніми, а також із обґрунтуванням юридичної кваліфікації дій підсудних.

3. Судам треба мати на увазі, що відповідальність дорослих осіб за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність встановлена не тільки ст. 304 Кримінального кодексу України (далі – КК), а й іншими статтями цього Кодексу (ч. 3 ст. 300, ч. 3 ст. 301, ч. 3 ст. 302, ч. 3 ст. 303, ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 315, ч. 2 ст. 317, статтями 323 і 324), котрі є щодо неї спеціальними нормами. У разі вчинення злочину, передбаченого спеціальною нормою, кваліфікувати дії винної особи ще й за ст. 304 КК не потрібно.

4. Кримінальній відповідальності за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність можуть бути піддані особи, які на час вчинення цих дій досягли вісімнадцятирічного віку.

Зважаючи на те, що такі злочини можуть бути вчинені тільки з прямим умислом, суди повинні з'ясовувати, чи усвідомлювала доросла особа, що своїми діями втягує неповнолітнього у вчинення злочину або в іншу антигромадську діяльність.

Однак необхідно враховувати, що кримінальна відповідальність за зазначені дії настає як у разі, коли доросла особа знала про неповнолітній вік втягуваного, так і тоді, коли вона за обставинами справи повинна була або могла про це знати.

5. За змістом закону під втягненням неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність треба розуміти певні дії дорослої особи, вчинені з будь-яких мотивів і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього рішучість взяти участь в одному чи декількох злочинах або займатись іншою антигромадською діяльністю. Втягнення завжди передбачає наявність причинного зв'язку між діями дорослої особи і виникненням у неповнолітнього бажання вчинити протиправні дії.

Зазначений наслідок може досягатися за допомогою всіх видів фізичного насильства (заподіяння тілесних ушкоджень, мордування, катування тощо) і психічного впливу (погроза застосувати насильство, завдати матеріальних збитків, зганьбити в очах однолітків та товаришів, позбавити повсякденного спілкування; переконання, залякування, обман, шантаж, підкуп, розпалювання почуття помсти, заздрості або інших низьких почуттів; давання порад про місце й способи вчинення злочину або приховання його сліді; обіцянка приховати сліди злочину, забезпечити грошима, подарунками, розвагами тощо).

Злочин, відповідальність за який передбачена ст. 304 КК, вважається закінченим з моменту здійснення дорослою особою дій, спрямованих на втягнення неповнолітнього у злочинну або іншу антигромадську діяльність, незалежно від того, чи вчинив неповнолітній злочин або інші антигромадські дії.

За відсутності ознак втягнення дорослі особи, які вчинили злочини в групі з неповнолітніми, несуть відповідальність за співучасть у конкретних злочинах.

Відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність настає в разі вчинення ним хоча б одного злочину.

6. При вирішенні питання про кваліфікацію злочину, вчиненого дорослою особою із залученням неповнолітніх осіб, які внаслідок свого віку (ст. 22 КК) чи неосудності (ст. 19 КК) не є його суб'єктами, треба мати на увазі, що таке спільне вчинення злочину не утворює співучасті. У зазначених випадках відповідно до ч. 2 ст. 27 КК доросла особа розглядається як виконавець злочину, і її дії кваліфікуються за статтями КК, якими передбачено відповідальність за цей злочин і за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність.

7. При втягненні у вчинення злочину неповнолітнього, котрий досяг віку, з якого відповідно до ст. 22 КК може наставати кримінальна відповідальність, дії дорослого учасника злочину мають кваліфікуватися за статтями КК, якими передбачено відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність і за вчинений разом із ним злочин.

Дії дорослого, який, не будучи співвиконавцем злочину, втягнув у нього неповнолітнього, кваліфікуються за відповідною статтею КК, якою передбачено відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, та за відповідною частиною ст. 27 КК (залежно від виду співучасті) і статтею цього Кодексу, якою передбачено відповідальність за вчинений неповнолітнім злочин.

Коли неповнолітній добровільно відмовився від вчинення злочину або не закінчив його (вчинив готування чи замах), дорослий несе відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність і за співучасть у незакінченому злочині.

Якщо неповнолітній взагалі не робив спроби вчинити злочин і не готувався до цього, дорослий за наявності до того підстав притягається до відповідальності за втягнення його у злочинну діяльність і за готування до злочину, у вчинення якого намагався втягнути неповнолітнього.

8. Дії опікунів і піклувальників, котрі, зловживаючи опікунськими правами з корисливою метою, втягнули неповнолітніх підопічних у антигромадську діяльність, додатково кваліфікуються за ст. 167 КК.

Батьки, опікуни, піклувальники, інші особи, які були зобов'язані за рішенням суду сплачувати кошти на утримання неповнолітніх дітей, але злісно ухилялися від цього або не виконували обов'язків по догляду за дітьми і втягували останніх у вчинення злочинів чи іншу антигромадську діяльність, за наявності до того підстав мають нести відповідальність за сукупністю злочинів – за відповідною статтею КК, якою передбачено відповідальність за втягнення неповнолітніх у таку діяльність, та за ст. 164 чи ст. 166 КК.

9. Втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, вчинене службовою особою, яка при цьому зловживала владою чи службовим становищем або перевищила владу чи службові повноваження, за наявності до того підстав кваліфікується за статтею КК, якою передбачено відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, і за відповідною частиною ст. 364 чи ст. 365 КК. При цьому вчинення неповнолітнім злочину, заняття іншою антигромадською

діяльністю, його захворювання на алкоголізм чи наркоманію мають розглядатись як настання тяжких наслідків (ч. 2 ст. 364, ч. 3 ст. 365 КК).

10. Під втягненням у пияцтво (ст. 304 КК) слід розуміти умисне схиляння неповнолітнього у будь-який спосіб до систематичного вживання спиртних напоїв, збудження у нього такого бажання (спільне вживання спиртних напоїв, умовляння їх вжити, пригощання ними, дарування, розрахунок ними за виконану неповнолітнім роботу тощо). Той факт, що неповнолітній, незважаючи на такі дії, не вживав спиртних напоїв, так само як і ступінь його сп'яніння, на кваліфікацію дій винної особи не впливають. Поодинокий випадок доведення неповнолітнього до стану сп'яніння тягне адміністративну відповідальність за ст. 180 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Втягнення у заняття жебрацтвом (ст. 304 КК) — це умисне схиляння неповнолітнього у будь-який спосіб до систематичного випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб як самостійно неповнолітнім, так і спільно з дорослими особами.

Під втягненням у заняття азартними іграми (ст. 304 КК) розуміється умисне схиляння неповнолітнього у будь-який спосіб до систематичної гри на гроші чи інші матеріальні цінності, при якій виграш залежить від випадковості (у карти, рулетку, "наперсток" та ін.).

Вживання спиртних напоїв, заняття жебрацтвом або азартними іграми визнаються систематичними, якщо вчинюються не менше трьох разів протягом нетривалого часу.

11. Залучення неповнолітнього у незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ч. 3 ст. 309 КК), а також залучення неповнолітнього чи малолітнього до вчинення таких дій з метою збуту чи до незаконного збуту цих речовин (частини 2, 3 ст. 307 КК) може здійснюватись у різних формах, наприклад в обіцянні матеріальної чи іншої вигоди, використанні їх матеріальної чи службової залежності, обмані тощо.

Відповідальність дорослого за ч. 3 ст. 307 КК настає в тому разі, коли він усвідомлював, що особа, яка залучається ним до вчинення суспільно небезпечних дій, є малолітньою, чи коли він за обставинами справи міг і повинен був про це знати.

12. Схиляння неповнолітнього до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів (ч. 2 ст. 315 КК) або одурманюючих засобів, які не є наркотичними, психотропними чи їх аналогами (ст. 324 КК), полягає у вчиненні умисних ненасильницьких дій (умовляння, залякування, пропонування, давання порад тощо), спрямованих на збудження у неповнолітнього бажання вжити ці засоби (речовини) хоча б один раз.

13. Спонукання неповнолітніх до застосування допінгу (ст. 323 КК) — це будь-які умисні дії (умовляння, пропозиції, поради, переконування, примушування, застосування насильства, погрози, шантажу тощо), спрямовані на збудження у такої особи бажання вживати допінг чи спробувати це зробити хоча б один раз. Такі дії можуть полягати у даванні тренерами, керівниками

спортивних, культуристських чи інших товариств, клубів, груп, секцій вказівок про застосування допінгу, у погрожуванні відрахуванням у разі відмови тощо.

14. Судам необхідно враховувати, що серед різноманітних способів втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність найбільш небезпечним є примушування до вчинення конкретного суспільно небезпечного діяння. У випадках, коли таке примушування супроводжвалося мордуванням, катуванням, заподіянням середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень, погрозою вбивством, умисним знищенням або пошкодженням майна тощо, відповідальність повинна наставати за сукупністю вчинених злочинів.

15. Під примушуванням неповнолітнього до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості (ч. 3 ст. 300 КК), а також творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру (ч. 3 ст. 301) розуміються будь-які умисні дії, поєднані із застосуванням фізичного (побої, тілесні ушкодження, катування тощо) чи психічного впливу (погрози застосувати насильство, знищити майно, розголосити певні відомості тощо) і спрямовані на те, щоб особа, яка не досягла вісімнадцятирічного віку, виступила автором (співавтором) відповідного твору або взяла участь у його створенні як актор, режисер, оператор тощо.

16. Залучення неповнолітнього до створення або утримання місць розпусти з метою наживи або без такої та до звідництва для розпусти (ч. 3 ст. 302 КК) полягає у вчиненні будь-яких дій, спрямованих на те, щоб неповнолітній взяв безпосередню участь у відкритті місць розпусти під виглядом масажних кабінетів, лазень, нічних та стриптиз-барів, у доборі персоналу чи учасників розпусних дій, у придбанні або найманні приміщень для їх утримання, у забезпеченні їх функціонування, у сприянні сексуальним стосункам між незнайомими людьми тощо, а так само у самих розпусних діях.

У разі залучення до створення чи утримання місць розпусти чи до звідництва для розпусти неповнолітніх, які не досягли шістнадцятирічного віку, або вчинення щодо них у наступному розпусних дій має місце сукупність злочинів, відповідальність за які передбачена ч. 3 ст. 302 і відповідною частиною ст. 156 КК.

17. Примушування чи втягнення неповнолітнього у заняття проституцією, тобто у надання сексуальних послуг за плату (ч. 3 ст. 303 КК), здійснюється шляхом застосування насильства чи погрози його застосування, знищення чи пошкодження майна, шантажу (наприклад, у формі погрози повідомити батькам, сусідам, товаришам неповнолітнього відомості, що його компрометують) або обману (наприклад, у формі обіцяння надати роботу масажистки, артистки, офіціантки, одружитися, сприяти участі у конкурсі без наміру виконати обіцяне).

Якщо при цьому винними особами вчинюються й інші злочини, їхні дії кваліфікуються за ч. 3 ст. 303 КК та статтями, якими передбачено відповідальність за ці злочини (наприклад, статтями 121, 123, 152, 153 КК).

18. При вирішенні питання про покарання дорослих осіб, винних у втягненні неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, суди повинні суворо додержувати вимог ст. 65 КК.

Визначаючи ступінь суспільної небезпечності такого злочину, треба враховувати форми і способи втягнення, ступінь негативного впливу на нормальний розвиток і здоров'я неповнолітніх, а також інші заподіяні злочином шкідливі наслідки.

Звернути увагу судів на те, що втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність батьками, опікунами, піклувальниками, педагогами, спортивними тренерами, керівниками практики студентів, наставниками неповнолітніх на підприємстві чи в установі, як правило, свідчить про підвищену суспільну небезпечність цих осіб.

На високий ступінь їх суспільної небезпечності може вказувати й те, що вони втягнули в зазначену діяльність неповнолітніх, які перебували в матеріальній чи іншій залежності від них, а також те, що останніх було втягнено у злочинні групи, у вчинення тяжких, особливо тяжких злочинів, зокрема поєднаних із незаконним обігом наркотичних засобів чи зброї або посяганням на статеву свободу та статеву недоторканність особи.

19. Суди мають зважено підходити до призначення покарання неповнолітнім, які вчинили злочини внаслідок втягнення їх у злочинну діяльність дорослими, і враховувати, що зазначена обставина, як правило, свідчить про меншу суспільну небезпечність цих неповнолітніх порівняно з тими, які вчинили такі ж злочини без впливу дорослих.

Оцінюючи ступінь суспільної небезпечності вчиненого неповнолітнім діяння, суди мають брати до уваги дані, що характеризують дорослу особу, яка втягнула його у злочин, ступінь її небезпечності, характер стосунків між ними, формальну чи неформальну залежність неповнолітнього тощо. При цьому треба виходити з того, що відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 66 КК вчинення злочину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність належить до обставин, які пом’якшують покарання.

20. При призначенні покарання за один і той же злочин суд має диференційовано підходити до особи неповнолітнього, а також дорослого, який втягнув його в цей злочин чи вчинив останній у групі з ним.

21. Судам належить у кожній справі ретельно з’ясовувати причини втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність та умови, що цьому сприяли, і реагувати на них шляхом винесення окремих постанов (ухвал), які мають бути конкретними та відповідати встановленим обставинам.

22. Рекомендувати головам місцевих судів передавати справи про втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність у провадження найбільш кваліфікованим суддям, як правило, тим, які відповідно до внутрішньої спеціалізації розглядають справи про злочини неповнолітніх.

23. Апеляційним судам необхідно регулярно аналізувати судову практику у справах зазначеної категорії та своєчасно вживати заходів до усунення помилок і недоліків.

24. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 1983 р. № 6 “Про практику застосування судами України законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну та іншу антигромадську діяльність" (зі змінами, внесеними постановами від 28 березня 1986 р. № 4, від 12 жовтня 1989 р. № 10, від 4 червня 1993 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12).

Голова Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму Верховного Суду України І. П. Домбровський

12. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ ТА ІНШІ ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЗДОРОВ’Я НАСЕЛЕННЯ

Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 26 квітня 2002 року № 4
(Із змінами, внесеними згідно
з постановою Пленуму Верховного Суду України
від 18 грудня 2009 р. № 16)

У зв’язку з тим, що поширення наркоманії та зростання злочинності, пов’язаної з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, набувають усе більших масштабів і стають серйозним соціальним чинником, який негативно впливає на життя, здоров’я та благополуччя людей, важливе значення має правильне застосування кримінально-правових норм, що передбачають відповідальність за вчинення таких злочинів.

З метою забезпечення однакового і правильного застосування судами чинного законодавства у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та роз’яснення питань, які виникають у судовій практиці, Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. При розгляді справ про злочини, предметом яких є наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги, обладнання, призначене для виготовлення цих засобів, речовин, їх аналогів, або прекурсори (статті 305–320 Кримінального кодексу України (далі – КК), суди мають керуватися законами України від 15 лютого 1995 року № 60/95-ВР “Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори” (в редакції Закону від 22 грудня 2006 року № 530-V; далі – Закон “Про наркотичні засоби...”), від 15 лютого 1995 року № 62/95-ВР “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними” (далі – Закон “Про заходи протидії незаконному обігу...”), Переліком наркотичних засобів,

психотропних речовин і прекурсорів (далі – Перелік), який затверджується та змінюється Кабінетом Міністрів України за поданням спеціально уповноваженого органу виконавчої влади у сфері охорони здоров'я, а також Таблицями невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться в незаконному обігу (далі – Таблиці), що затверджуються спеціально уповноваженим органом виконавчої влади у сфері охорони здоров'я.

(Абзац перший пункту 1 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 16)

Оскільки для встановлення виду, назви і властивостей наркотичного засобу, психотропної речовини, аналога такого засобу, речовини або прекурсора, їх походження, способу виготовлення чи переробки, а також належності наркотиковмісних рослин необхідні спеціальні знання, у справах даної категорії обов'язково має бути висновок експерта з цих питань.

2. Звернути увагу судів на те, що Законом "Про наркотичні засоби..." регулюються суспільні відносини у сфері обігу в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, визначаються порядок, умови та особливості здійснення діяльності, пов'язаної з таким обігом. При цьому слід мати на увазі, що згідно з частиною 3 статті 3 зазначеного Закону в разі, коли міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж передбачені законодавством про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори, застосовуються правила міжнародного договору.

Законом "Про заходи протидії незаконному обігу..." передбачено систему заходів, спрямованих проти незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, повноваження відповідних державних органів щодо протидії такому обігу, в тому числі і щодо контрольованої поставки та оперативної закупівлі наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів".

(Абзаци перший та другий пункту 2 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 16)

Статтями 305–320 КК встановлено кримінальну відповідальність за діяння, що вчиняються всупереч вимогам названих законів, і зокрема за незаконні виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання, збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, посів і вирощування наркотиковмісних рослин.

3. За змістом Закону "Про наркотичні засоби..." під незаконним виробництвом наркотичних засобів та (або) психотропних речовин слід розуміти всі дії, пов'язані з серійним одержанням наркотичних засобів, психотропних речовин з хімічних речовин та (або) рослин, включаючи відокремлення частин рослин або наркотичних засобів, психотропних речовин від рослин, з яких їх одержують, здійснені всупереч установленому законом порядку.

Серійним одержанням наркотичних засобів, психотропних речовин з хімічних речовин та (або) рослин слід розуміти виробничий процес,

спрямований на отримання партій наркотичних засобів, психотропних речовин за відповідною технологією, стандартом, зразком.

Незаконне виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин — це всі дії (включаючи рафінування, підвищення в препараті концентрації наркотичних засобів і психотропних речовин чи їх переробку), здійснені всупереч встановленого законом порядку, у результаті яких на основі наркотичних засобів, психотропних речовин, прекурсорів наркотичних засобів і психотропних речовин одержуються готові до використання та (або) вживання форми наркотичних засобів, психотропних речовин або лікарські засоби, що їх містять, чи інші наркотичні засоби, психотропні речовини.

Під незаконним виготовленням прекурсорів слід розуміти процес їх одержання з відповідної вихідної сировини будь-яким способом, у будь-якому вигляді (порошку, рідини, суміші тощо), приготування шляхом змішування різних хімічних препаратів або хімічного синтезу (реакції).

Незаконне виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин утворює закінчений склад злочину з моменту, коли почали вчинятися дії, спрямовані на одержання таких засобів чи речовин, готових до вживання, або на рафінування чи підвищення у препаратах їх концентрації.

Незаконним придбанням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів необхідно вважати їх купівлю, обмін на інші товари або речі, прийняття як плати за виконану роботу чи надані послуги, позики, подарунка або сплати боргу, привласнення знайденого. Під незаконним придбанням розуміється також збирання залишків наркотиковмісних рослин на пожнивних земельних площах після зняття з них охорони, на земельних ділянках громадян, а також збирання таких дикорослих рослин чи їх частин на пустирях. Не визнається незаконним придбання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, якщо воно здійснено у відповідності до вимог статті 27 Закону “Про наркотичні засоби…”, а також згідно зі статтею 5 Закону “Про заходи протидії незаконному обігу...” (під час оперативної закупівлі). У таких випадках у діях осіб, які придбали ці засоби й речовини, складу злочину немає.

Під незаконним зберіганням потрібно розуміти будь-які умисні дії, пов’язані з фактичним незаконним перебуванням наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів чи прекурсорів у володінні винної особи (вона може тримати їх при собі, у будь-якому приміщенні, сховищі або в іншому місці). Відповідальність за незаконне зберігання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів настає незалежно від його тривалості.

Незаконне перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів полягає в умисному переміщенні їх будь-яким видом транспорту в межах території України з порушенням порядку і правил, установлених чинним законодавством.

Від перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів слід відрізняти їх перенесення з одного місця в інше, під час

якого транспорт не використовується. Такі дії мають розглядатись як зберігання цих засобів і речовин.

Незаконне пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів – це незаконне переміщення їх у просторі шляхом відправлення поштою, багажем, посильним або в інший спосіб з одного місця в інше в межах території України. При цьому злочин вважається закінченим з моменту оформлення і відправлення посилки, багажу, листа, бандеролі з цими засобами або речовинами незалежно від того, отримав їх адресат чи ні. Якщо злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винної особи (наприклад, у зв'язку із затриманням під час оформлення квитанції на відправлення посилки, бандеролі чи вантажного контейнера або при їх огляді в момент здачі для пересилання), дії останньої належить кваліфікувати як замах на вчинення цього злочину.

Злочини, передбачені статтями 307, 309 або 311 КК, визнаються закінченими з моменту вчинення однієї із зазначених у диспозиціях цих статей альтернативних дій. У випадках, коли винна особа вчинила одну або декілька зазначених дій, але не встигла вчинити іншу дію із тих, які охоплювались її умислом, скоєне слід розглядати як закінчений злочин за виконаними діями, а незавершена дія окремої кваліфікації як готування до злочину або як замах на злочин не потребує.

Здійснення суб'єктом підприємницької діяльності діянь, пов'язаних з обігом наркотичних засобів та (або) психотропних речовин, без отримання ліцензії охоплюється складом злочину, передбаченого статтею 307 або 309 КК, і додаткової кваліфікації за статтею 203 або 202 КК не потребує.

(Пункт 3 у редакції постанови Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 16)

4. Під незаконним збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (стаття 307 КК), а також прекурсорів (частина 2 статті 311 КК) потрібно розуміти будь-які оплатні чи безоплатні форми їх реалізації всупереч законам "Про наркотичні засоби..." та "Про заходи протидії незаконному обігу..." (продаж, дарування, обмін, сплата боргу, позика, введення володільцем цих засобів або речовин ін'єкцій іншій особі за її згодою тощо). Обопільне введення ін'єкцій наркотичного засобу, психотропної речовини чи їх аналогу особами, які їх придбали за спільні кошти, збуту не утворюють.

Про умисел на збут наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів може свідчити як відповідна домовленість з особою, яка придбала ці засоби чи речовини, так й інші обставини, зокрема: великий або особливо великий їх розмір; спосіб упакування та розфасування; поведінка суб'єкта злочину; те, що особа сама наркотичні засоби або психотропні речовини не вживає, але виготовляє та зберігає їх; тощо. При цьому слід мати на увазі, що відповідальність за збут таких засобів і речовин настає незалежно від їх розміру.

Дії особи, яка під виглядом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів умисно збуває будь-які інші засоби чи речовини з метою заволодіння грошима чи майном, потрібно кваліфікувати як шахрайство,

а за наявності до того підстав – і як підбурювання до замаху на незаконне придбання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, дії ж покупця – як замах на вчинення злочинів, передбачених статтею 307, або статтею 309, або статтею 311 КК.

У випадках, коли наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналоги було одночасно виготовлено і для особистого вживання, і для збуту, вчинене кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених статтями 307 і 309 КК. При цьому слід мати на увазі, що за статтею 309 КК повинні кваліфікуватися дії винного лише в частині виробництва, виготовлення і зберігання цих засобів і речовин у тому розмірі, в якому він їх ужив чи планував ужити.

Гроші або інші речі, одержані особою за реалізовані наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори, передаються в доход держави на підставі пункту 4 частини 1 статті 81 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК), за винятком отриманих під час оперативної закупівлі, які згідно з пунктом 5 частини 1 зазначеної статті належить повертати їх законному володільцеві.

5. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів і незаконне перевезення або пересилання їх за межі території України необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтею 307 чи статтею 309 і як контрабанду за статтею 305 КК.

6. Відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, обладнання, призначеного для виготовлення цих засобів, речовин та їх аналогів, а також прекурсорів, за заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службової особи своїм службовим становищем настає відповідно за статтями 308, 313, 312 КК у разі умисного незаконного їх вилучення будь-яким із цих способів з підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності чи в окремих громадян, у тому числі вилучення наркотиковмісних рослин або їх частин із земельних ділянок господарств чи громадян до закінчення збирання врожаю. При цьому не має значення, правомірно чи незаконно особа володіла наркотичним засобом, психотропною речовиною, їх аналогом чи прекурсором або вирощувала наркотиковмісні рослини, які стали предметом незаконного вилучення.

7. За змістом частин 1 і 2 статті 308, частини першої статті 313, частин 1 і 2 статті 312 КК відповідальність за викрадення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, обладнання, призначеного для їх виготовлення, або прекурсорів настає у випадках протиправного таємного чи відкритого, у тому числі із застосуванням насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я, або з погрозою застосування такого насильства (за винятком викрадення в такий спосіб обладнання), вилучення їх у юридичних чи фізичних осіб, які володіють ними як законно, так і незаконно (крадіжка, грабіж).

Розбій з метою викрадення таких засобів, речовин, їх аналогів, обладнання або прекурсорів утворює склад злочинів, передбачених частиною 3 статті 308, частиною 3 статті 313, частиною 3 статті 312 КК.

8. Під привласненням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, обладнання, призначеного для їх виготовлення, або прекурсорів слід розуміти дії, пов'язані з їх протиправним утриманням чи неповерненням володільцю особою, якій вони були довірені по службі (для зберігання, перевезення, пересилання) або якою були вилучені в іншої особи, котра протиправно ними володіла, тощо.

9. За частиною 1 статті 308, частиною 1 статті 313, частиною 1 статті 312 КК кваліфікується відповідно вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, обладнання, призначеного для їх виготовлення, або прекурсорів, поєднане з погрозою застосування насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які вони бажають зберегти в таємниці.

Вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, поєднане із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосування такого насильства, утворює склад злочину, передбаченого частиною 2 статті 308 або частиною 2 статті 312 КК.

Якщо такі дії, а також вимагання обладання поєднані з насильством, небезпечним для життя і здоров'я, вони кваліфікуються за частиною 3 статті 308, або частиною 3 статті 312, або частиною 3 статті 313 КК.

Вимагання є закінченим складом злочину з моменту пред'явлення вимоги, поєднаної з відповідними погрозою чи насильством.

10. Незаконне заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами та наступне їх зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту чи без такої мети, а також їх незаконний збут утворюють сукупність злочинів, передбачених статтею 308 і статтею 307 чи статтею 309 КК, проте не утворюють ознаки повторності, передбаченої частиною 2 статті 307 або частиною 2 статті 309 КК.

Сукупність має місце й тоді, коли з викрадених наркотиковмісних рослин виготовляється наркотичний засіб нового виду (з коноплі – гашиш, анаша, настойка та екстракт, марихуана; з макової соломи – екстракційний або ацетильований опій тощо). Повторності в цьому разі також немає.

11. За статтею 312 КК кваліфікуються дії особи, яка вчинила викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволоділа ними шляхом шахрайства чи зловживання своїм службовим становищем з метою подальшого збуту. Незаконне заволодіння цими речовинами без такої мети має кваліфікуватися за відповідними статтями розд. VI Особливої частини КК, якими передбачено відповідальність за злочини проти власності.

Коли особа заволоділа прекурсорами без мети їх збуту, а через певний проміжок часу збула їх іншим особам для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, вчинене належить кваліфікувати за сукупністю злочинів за статтями, якими передбачено відповідальність за

викрадення або інше незаконне посягання на чуже майно, та за статтею 312 КК за ознакою збуту.

За статтею 312 КК несуть відповідальність також особи, які збули прекурсор для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

12. Відповідно до статті 313 КК під обладнанням, призначеним для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, потрібно розуміти апарати, пристрої, прилади, за допомогою яких ці засоби й речовини виготовляються (наприклад, конденсаційна труба, випарник, генератор пари, прес, необхідні для виготовлення гашишу), чи окремі вузли, деталі відповідного агрегата (наприклад, насос для відсмоктування фільтра при перегонці опію). Використані для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів побутові предмети (кухонний посуд, млинок для кави, м'ясорубка тощо) обладнанням, призначеним для цієї мети, за змістом закону не визнаються. Не належать до зазначеного обладнання і такі предмети медичного призначення, як шприци, стандартні флакони для розфасування ліків, скляні відвідні трубки та ін.

Якщо заволодіння обладнанням було здійснено без мети використання для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, дії винного мають кваліфікуватися тільки за відповідною статтею розд. VI Особливої частини КК, якою передбачено відповідальність за злочини проти власності.

13. Відповідальність за статтею 314 КК настає, коли в організм іншої особи проти її волі будь-яким способом було введено наркотичний засіб, психотропну речовину чи їх аналог. Злочин вважається закінченим з моменту введення зазначених засобу або речовини.

За змістом частини 2 статті 314 КК і статті 1 Закону "Про заходи протидії незаконному обігу..." під наркотичною залежністю слід розуміти стан особи, який характеризується хворобливою пристрастю до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, що виникла внаслідок їх незаконного введення в її організм. Вирішуючи питання про те, чи призвело до наркотичної залежності потерпілого незаконне введення в його організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, суди мають виходити як з обставин справи, так і з висновку експерта.

При кваліфікації цього злочину за ознакою незаконного введення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів в організм двох і більше осіб (частина 2 статті 314 КК) потрібно враховувати, що такі дії повинні охоплюватись єдиним злочинним наміром винного і вчинятись, як правило, в одному й тому ж місці та без значного розриву в часі. У випадках, коли зазначені засоби (речовини) було незаконно введено в організм двох і більше осіб у різні проміжки часу і це не охоплювалось єдиним умислом, має місце повторність даного злочину.

Використання безпорадного стану потерпілого як кваліфікуюча ознака незаконного введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (частина 3 статті 314 КК) наявна в тих випадках, коли особа за

своїм фізичним або психічним станом була неспроможна розуміти характер та наслідки вчинюваних щодо неї дій або чинити опір (через малолітній вік, фізичні вади, розлад психічної діяльності, хворобливий або непритомний стан тощо). Для визнання незаконного введення таким, що вчинене з використанням безпорадного стану, не має значення, винний сам довів потерпілого до такого стану чи останній виник незалежно від його дій.

Кваліфікація за частиною 3 статті 314 КК за ознакою настання смерті потерпілого можлива тоді, коли встановлено, що це сталося саме внаслідок незаконного введення в його організм проти його волі наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. При цьому дії винного мають характеризуватися прямим умислом щодо насильницького введення в організм людини зазначених засобів чи речовин і необережністю щодо настання смерті. Вони повністю охоплюються частиною 3 статті 314 і додаткової кваліфікації за статтею 119 КК не потребують.

Якщо ж умисел винного був спрямований на позбавлення потерпілого життя, злочинні дії підлягають кваліфікації за частиною 1 або відповідними пунктами частини 2 статті 115 та частини 2 чи частини 3 статті 314 КК.

14. Під схилянням до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів (стаття 315 КК) потрібно розуміти будь-які умисні ненасильницькі дії, спрямовані на збудження в іншої особи бажання вжити ці засоби або речовини хоча б один раз (пропозицію, умовляння, пораду, переконування тощо). Відповідальність за даний злочин настає незалежно від наслідків схиляння, тобто від того, вжила інша особа наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналог чи відмовилася це зробити.

Дії винного, спрямовані на збудження бажання вжити наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналог у двох осіб і більше, кваліфікуються за частиною 2 статті 315 КК тоді, коли вони охоплювались єдиним умислом винного і вчинялись, як правило, в одному й тому ж місці без значного розриву в часі.

Схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів неповнолітнього утворює склад злочину, передбаченого частиною 2 статті 315 КК. Дії особи, яка поряд зі схилянням неповнолітнього до вживання таких засобів чи речовин залучала його до участі в організації або утриманні місця для їх вживання, виробництва чи виготовлення, мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених частиною 2 статті 317 і частиною 2 статті 315 КК.

Якщо особа, яка схиляла когось до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів, збувала ці засоби, речовини споживачеві або брала участь у їх викраденні, незаконному виробництві, виготовленні, придбанні, зберіганні, перевезенні, пересиланні з метою збуту або без такої мети, її дії належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтею 315 і відповідно статтею 307, або статтею 308, або статтею 309 КК.

15. Під незаконним публічним вживанням наркотичних засобів (стаття 316 КК) слід розуміти вживання їх відкритим (очевидним для інших осіб) способом. Це можуть бути ін’єкція наркотичної рідини, куріння гашишу, крепу,

опію, вживання макової соломи тощо. Відповідальність настає незалежно від того, вживає наркотики публічно одна особа чи група осіб.

Для відповідальності за вживання наркотичних засобів групою осіб не має значення, вживали її учасники наркотики при інших особах чи в їх відсутності. Важливим є те, що групове вживання наркотичних засобів здійснюється в таких місцях, як школи, училища, технікуми, коледжі, вищі навчальні заклади, стадіони, кінотеатри, театри, дискоклуби та інші подібні заклади. Під іншими місцями масового перебування громадян маються на увазі вокзали, пристані, пляжі, парки, дитячі майданчики, підземні переходи, вулиці, площі тощо.

16. За змістом статті 317 КК під місцями для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів розуміються будь-які жилі або нежилі приміщення (будинок, квартира, казино, більярдна, лазня, гараж, сарай, склад, горище, підвал, землянка тощо) за умови, що вони визначені для використання із зазначеною метою.

Організація такого місця полягає у вчиненні однією чи кількома особами дій, що фактично призвели до його створення або були на це спрямовані (підшукання приміщення, готування пристроїв для вживання, виробництва та виготовлення наркотичних засобів чи психотропних речовин, залучення клієнтів і співучасників, розроблення конспіративних заходів тощо). Злочин вважається закінченим з моменту створення такого місця незалежно від того, почало воно функціонувати чи ні.

Утримання зазначеного місця – це сукупність дій по підтриманню його функціонування (матеріальне забезпечення, охорона, залучення й обслуговування клієнтів, здійснення конспіративних заходів тощо). Особа, яка утримує таке місце, може як володіти ним, так і розпоряджатися на інших підставах.

Під наданням приміщення для вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів потрібно розуміти забезпечення можливості одній чи декільком особам використати його в такий спосіб хоча б один раз.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 317 КК, характеризується виною у виді прямого умислу. Обов'язковою ознакою діяння є спеціальна мета — забезпечити незаконне вживання, виробництво чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Якщо особа поряд з організацією (утриманням) місця чи наданням приміщення для незаконного вживання, виробництва або виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів викрадала ці засоби чи речовини або займалася їх незаконним виробництвом, виготовленням, придбанням, зберіганням, перевезенням, пересиланням з метою чи без мети збуту, збувала їх або схиляла інших осіб до їх вживання, її дії необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених статтею 317 і відповідно статтею 307, або статтею 308, або статтею 309, або статтею 315 КК.

Утримання місця, надання приміщення одночасно для вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та для розпусти кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених статтями 317 та 302 КК.

17. Об’єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 318 КК, полягає в незаконному виготовленні, підробленні, використанні або збуті підроблених чи незаконно одержаних документів, які дають право на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, призначених для вироблення, виготовлення цих засобів чи речовин.

Збутом таких документів є будь-яка оплатна чи безоплатна форма їх реалізації (продаж, обмін, сплата боргу тощо) особою, що виготовила, підробила чи незаконно одержала такий документ, а так само іншою особою, яка усвідомлює, що документ підроблений або незаконно одержаний.

Використання зазначених документів має місце при їх поданні або пред’явленні на підприємства, в установи чи організації з метою отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів. Злочин вважається закінченим з моменту подання або пред’явлення цих документів незалежно від того, чи змогла особа отримати зазначені засоби (речовини). Факт одержання таких засобів або речовин має розглядатись як незаконне їх придбання і за наявності до того підстав додатково кваліфікуватися залежно від мети за статтею 307, або статтею 309, або статтею 311 КК. Якщо ж дії винної особи було перепинено в момент подання чи пред’явлення фальшивих документів, вчинене треба додатково кваліфікувати як замах на незаконне придбання цих засобів (речовин).

18. Відповідно до статті 15 Закону “Закон “Про наркотичні засоби...” видача лікарем рецепта на право придбання наркотичних засобів і психотропних речовин здійснюється за правилами, встановленими МОЗ. Умисна видача таких рецептів усупереч цим правилам із корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах тягне відповідальність за статтею 319 КК. Злочин вважається закінченим з моменту незаконної видачі рецепта.

19. Вирішуючи питання про відповідальність за статтею 320 КК за порушення встановлених правил посіву або вирощування маку снотворного чи конопель, а також за порушення правил виробництва, виготовлення, зберігання, обліку, відпуску, розподілу, торгівлі, перевезення, пересилання чи використання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, призначених для виробництва чи виготовлення цих засобів (речовин), суди повинні з’ясовувати, які конкретно правила були порушені. При цьому потрібно мати на увазі, що загальні правила обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів установлено Законом “Закон “Про наркотичні засоби...”, а також Положенням про порядок здійснення діяльності у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів (затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 3 січня 1996 р. № 6) та іншими нормативними актами Кабінету Міністрів, міністерств і відомств.

Від складу злочинів, передбачених статтями 307 і 310 КК, склад злочину, відповідальність за який настає за статтею 320 КК, відрізняється тим, що в даному разі виготовлення, зберігання, розподіл, реалізація наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, посів або вирощування маку снотворного чи конопель здійснюються на законних підставах, але з порушенням правил обігу цих засобів, речовин або наркотиковмісних рослин.

Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів може бути вчинено як умисно, так і з необережності.

Відповідальність за статтею 320 КК несуть як службові, так і інші соби, які у зв'язку з виконанням своїх службових або фахових обов'язків повинні додержувати зазначених правил (зокрема, працівники аптек, а також баз і складів, де зберігаються лікарські препарати, лікувальних закладів, науково-дослідних установ, лабораторій, підприємств, які вирощують наркотиковмісні рослини або виготовляють наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги чи прекурсори).

20. Однією з кваліфікуючих ознак злочинів даного виду є розмір наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів: значний, великий або особливо великий. При його визначенні судам слід керуватися Таблицями 1–3.

З урахуванням того, що статтею 44 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачено відповідальність за незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах, відповідальність за частиною 1 статті 309 КК настає в разі вчинення зазначених у цій частині незаконних дій з наркотичними засобами або психотропними речовинами у розмірах, які становлять величину між верхньою межею невеликих розмірів і нижньою межею великих розмірів, зазначених у Таблицях 1 і 2.

(Пункт 20 доповнено абзацом другим згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. № 16)

21. Вирішуючи питання про кваліфікацію дій винного, суд повинен мати на увазі, що в тих випадках, коли вони були пов'язані з наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами різних видів, розмір цих засобів (речовин) визначається виходячи з їх загальної кількості. Якщо ж поряд із такими засобами чи речовинами предметом злочину був ще й прекурсор, неприпустимо об'єднувати їх кількість із кількістю останнього. Можна складати лише кількість прекурсорів різних видів.

22. Незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах тягнуть відповідальність за статтею 44 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

23. Звернути увагу судів на те, що за чинним законодавством звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється виключно судом. У зв'язку з цим слід мати на увазі, що звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі частини 4 статті 307 КК за злочини, передбачені частиною 1 цієї статті та частиною 1 статті 309 КК, допускається лише за умови, що винна особа добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини чи їх аналоги і вказала джерело придбання цих засобів (речовин) або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних із їх незаконним обігом.

Здача наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів визнається добровільною, якщо відбулася за обставин, коли особа мала й усвідомлювала можливість продовжувати протиправну діяльність, але не

побажала цим скористатися. Звільнення від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи із зазначених підстав має здійснюватися за правилами, передбаченими статтями 7, 71, 72 КПК.

За такими ж правилами звільняється від кримінальної відповідальності на підставі частини 4 статті 309 КК за дії, передбачені частиною 1 цієї статті, винна особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії.

Вирішуючи питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності з цієї підстави, суду необхідно з'ясовувати, чи дійсно особа страждала на наркоманію і потребувала лікування від неї, чи дійсно вона звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування добровільно, а не вимушено і чи дійсно ставить за мету вилікуватися від наркоманії, а не ухилитись у такий спосіб від кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

24. За змістом норм, передбачених частиною 4 статті 307 та частиною 4 статті 309 КК, особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності незалежно від того, коли вона вчинила дії, які дають для цього підстави, але до закінчення судового слідства.

25. Звернути увагу судів на те, що при постановленні вироків обов'язково має визначатися доля речових доказів – наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, обладнання для їх виготовлення, а також прекурсорів. При цьому треба керуватись Інструкцією про порядок знищення вилучених із незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, використання яких у законному обігу визнано недоцільним, а також обладнання для їх виготовлення (затверджена спільним наказом МВС, СБУ, Генеральної прокуратури, МОЗ, Міністерства юстиції та Верховного Суду України від 27 червня 1995 р. № 437; зареєстрована Міністерством юстиції України 10 липня 1995 р. за № 210/746).

26. При розгляді судами справ даної категорії треба приділяти увагу з'ясуванню причин вчинення злочинів та умов, які цьому сприяли, і вживати належних заходів до їх усунення. У разі встановлення місця вирощування наркотиковмісних рослин, а також фактів відсутності належного контролю за використанням присадибних та інших земельних ділянок громадян, внаслідок чого на них висіваються й вирощуються мак снотворний чи коноплі, суди з додержанням правил, передбачених КПК, повинні повідомляти про це органи державної влади для відповідного реагування.

27. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 1998 р. № 3 "Про судову практику в справах про злочини, пов'язані з наркотичними засобами, психотропними речовинами та прекурсорами".

Голова
Верховного Суду України В. Ф. Бойко

Секретар Пленуму,
суддя Верховного Суду України М. П.Селіванов

Практика розгляду судами справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів*

(Витяг)

Згідно зі ст. 49 Конституції України кожна людина має право на охорону здоров'я, і держава повинна забезпечити їй це право. Забезпечення кримінально-правового захисту здоров'я людей здійснюється в межах, передбачених у статтях 305—327 розд. XIII «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення» Особливої частини Кримінального кодексу України (далі — КК).

Правовий режим обігу зазначених засобів і речовин в Україні регламентовано нормами міжнародного права (Єдина Конвенція ООН про наркотичні засоби 1961 р., з поправками, внесеними відповідно до Протоколу 1972 р.; Конвенція про психотропні речовини від 21 лютого 1971 р.; Конвенція про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р.). Крім того, Верховна Рада України 15 лютого 1995 р. прийняла закони «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів» і «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними». 22 грудня 2006 р. внесено зміни та викладено у новій редакції Закон «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори». Ще одним відомчим актом із цих питань є Перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770 (далі — Перелік). Постановою Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 58 затверджено Порядок здійснення контролю за обігом наркотичних (психотропних) лікарських засобів. Цим документом передбачено контроль за обігом наркотичних (психотропних) лікарських засобів, зазначених у Переліку, а також наркотичних (психотропних) комбінованих лікарських засобів, що містять малу кількість наркотичних засобів або психотропних речовин і прекурсорів (включених у відповідні таблиці Переліку), з яких ці засоби чи речовини не можуть бути видобуті легкодоступним способом у кількості, що дає змогу зловживати ними. Важливе значення у судовій діяльності має наказ Міністерства охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 р. № 188 «Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» (далі — таблиці). Від правильного розуміння та

* Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України В. І. Косарєвим, науковим консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики О. Г. Литвишко, начальником відділу контролю за культивуванням нарковмісних рослин Департаменту боротьби з незаконним обігом наркотиків МВС України А. Г. Скибінським. Витяг опрацьовано та підготовлено до друку начальником відділу узагальнення судової практики Л. В. Гавриловою.

застосування зазначених таблиць повною мірою залежить правильна кваліфікація того чи іншого злочину, пов'язаного з наркотиками, а в подальшому — законність та обґрунтованість вироку суду.

Зважаючи на тенденцію до поширення наркоманії в Україні, Кабінет Міністрів України розпорядженням від 24 січня 2002 р. № 26-р схвалив «Концепцію реалізації державної політики у сфері боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів на 2002—2010 роки», основною метою якої є розроблення і здійснення на державному рівні заходів щодо протидії поширенню наркоманії та злочинності, пов'язаної з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, виконання Україною відповідних зобов'язань перед міжнародним співтовариством.

26 квітня 2002 р. Пленум Верховного Суду України прийняв постанову № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» (далі — постанова Пленуму № 4), в якій рекомендує судам керуватися зазначеними вище законами і відомчими нормативними актами, перш за все Переліком і таблицями.

Якість досудового слідства

Вивчення й аналіз справ зазначеної категорії засвідчили, що органи дізнання і досудового слідства не завжди додержують вимог ст. 22 КПК щодо всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи. Трапляються випадки, коли органи досудового слідства допускають недбалість при встановленні даних про підозрювану або обвинувачену у вчиненні злочину особу та її фактичне місце проживання, що призводить до збільшення строків розгляду справи судом.

Значну кількість злочинів виявляють шляхом особистого огляду на вулиці громадян та перевірки їхніх речей. Але мають місце випадки, коли під час затримання особи не були виявлені наркотичні засоби, і лише у приміщенні районного відділу міліції виявляють та вилучають у затриманої особи наркотичні засоби. Це дає підстави обвинуваченому заявляти, що наркотичний засіб йому було підкинуто.

Так, Апеляційний суд Черкаської області ухвалою від 1 листопада 2005 р. скасував вирок Черкаського районного суду від 1 липня 2005 р. щодо С., засудженого за ч. 2 ст. 309 КК на два роки позбавлення волі, та повернув справу на додаткове розслідування. Цим вироком районний суд визнав обвинуваченого винним у тому, що 29 березня 2005 р. в с. Білозір'я Черкаського району він незаконно придбав без мети збуту 178 г макової соломи, яка є особливо небезпечним наркотичним засобом.

Скасовуючи вирок, колегія суддів апеляційного суду вказала на те, що органи дізнання допустили порушення вимог статей 22, 177, 178, 184 КПК. Наркотичний засіб був виявлений і вилучений у С., якого було затримано у порядку, передбаченому статтями 106, 115 КПК, що дало йому змогу в подальшому заявити, що наркотичний засіб було підкинуто в його кишеню. Ці

доводи не були належним чином перевірені в ході досудового і судового слідства.

Недодержання вимог закону щодо опису в протоколі вилученої речовини, її розміру (ваги) та місця виявлення дає підстави для заяв про підміну вилученого наркотичного засобу, збільшення чи зменшення його кількості чи ваги або вчинення інших зловживань з боку працівників міліції, пов'язаних з обвинуваченням особи у вчиненні злочину.

Оскільки для встановлення виду, назви, властивостей наркотичного засобу, психотропної речовини або прекурсору, їх походження, способу виготовлення чи переробки необхідний висновок спеціаліста, то рішення про порушення кримінальної справи приймається після одержання довідки експертної служби УМВС про те, що передана для дослідження речовина є наркотичним засобом, психотропною речовиною чи прекурсором. Судово-хімічна експертиза в таких випадках призначається після порушення справи. Проте іноді при проведенні цієї експертизи речовий доказ фактично не досліджується, а висновок експерта обґрунтовується даними висновку експертної служби, наданого слідчому до порушення справи. Не випадково у деяких висновках судово-хімічної експертизи немає посилань на те, які саме експертні дослідження здійснено.

Відповідно до ст. 197 КПК при призначенні та проведенні експертизи обвинувачений має право заявляти клопотання про призначення нової або додаткової експертизи, які розглядаються у строк не більше трьох діб (ст. 129 КПК). Отримавши висновок експерта, слідчий знайомить із ним обвинуваченого.

Із матеріалів вивчених справ вбачається, що обвинувачені ознайомлювалися з постановою про призначення експертизи одночасно з висновком останньої, що обмежує права обвинуваченого на захист.

Так, Куйбишевським РВ Донецького МУ МВС у Донецькій області обвинувачувалася Ж. за ч. 2 ст. 309 КК. Наркологічну експертизу було призначено на 17 червня 2005 р. У цей же день експертне дослідження було закінчено. Згідно з матеріалами справи, протоколи про ознайомлення Ж. з постановою про призначення експертизи і про ознайомлення з висновком експертизи складено в один і той же день — 29 червня 2006 р.

Аналогічні порушення були встановлені у справі за обвинуваченням Щ. та Б. у Донецькій та в інших областях України.

Вивчення справ про злочини, вчинені за попередньою змовою групою осіб, засвідчили, що обвинувачення найчастіше пред'являється одній, рідше двом особам. Щодо інших співучасників злочинів, яких встановити та затримати органи досудового слідства не спромоглися, справу виділяють в окреме провадження, після чого пошук винних фактично припиняється. Зазначені порушення вимог ч. 2 ст. 26 КПК призводять, по суті, до того, що винуватці злочинів уникають кримінальної відповідальності.

Простежується тенденція до бездіяльності органів дізнання й досудового слідства у викритті та притягненні до кримінальної відповідальності осіб, які вирощують мак снотворний і коноплю з метою збуту, виготовляють опій, гашиш та інші наркотичні засоби і збувають цю наркопродукцію. З матеріалів

переважної більшості вивчених справ вбачається, що органи досудового слідства обмежувалися притягненням до кримінальної відповідальності осіб, які незаконно придбали, зберігали або перевозили наркотичні засоби. При розслідуванні цих справ не було вжито всіх передбачених законом заходів для встановлення осіб, які вирощують нарковмісні рослини і збувають наркотики.

Органи досудового слідства, як правило, не встановлюють джерело придбання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

Крім того, з числа вивчених справ виявлено випадки, коли обвинувачений називав особу та місце придбання наркотичного засобу, але органи досудового слідства не вживали жодних заходів для встановлення цих осіб та притягнення їх до кримінальної відповідальності.

Трапляються випадки, коли в конкретної особи вилучають наркотичний засіб, однак органи досудового слідства допитують цю особу як свідка, порушуючи таким чином їх право на захист.

Так, Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області вироком від 21 грудня 2005 р. засудив Т. за ч. 1 ст. 309 КК. Кримінальну справу було порушено 19 жовтня 2005 р. за фактом виявлення наркотичного засобу за місцем проживання обвинуваченої. Вже у постанові про порушення кримінальної справи було зазначено, що вона придбала наркотичний засіб в особи на ім'я М., про що Т. дала пояснення 29 вересня 2005 р., а 3 листопада 2005 р. її було допитано як свідка, і тільки після цього їй було роз'яснено право на захист і допитано як підозрювану.

Дотримання вимог чинного законодавства
під час проведення оперативної закупівлі

Оперативна закупівля є ефективним заходом оперативно-розшукової діяльності, за допомогою якого органи дізнання і досудового слідства отримують та закріплюють вагомі докази протиправної діяльності осіб, які займаються незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. Такий вид закупівлі передбачений ст. 5 Закону від 15 лютого 1995 р. № 62/95-ВР «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними».

У п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі — Закон № 2135-XII) зазначено, що порядок проведення оперативної закупівлі та контрольного постачання визначається нормативними актами МВС України, податкової міліції, СБУ, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими Міністерством юстиції України. Таким нормативним актом є Інструкція «Про порядок проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання предметів, товарів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності» (затверджена наказом МВС України, СБУ, Державної податкової адміністрації України від 30 листопада 2001 р. № 1065; далі — Інструкція).

Відповідно до п. 1.4 Інструкції оперативна закупівля та контрольоване постачання проводяться у строки ведення оперативно-розшукових справ, передбачені ст. 91 Закону № 2135-XII. Про закриття оперативно-розшукової справи (ст. 92 цього Закону) складається мотивована постанова, яку затверджує посадова або службова особа, якій згідно зі ст. 9 зазначеного Закону надане право затверджувати постанову про заведення відповідної оперативно-розшукової справи. Якщо в такій справі здійснювались оперативно-розшукові заходи за рішенням суду, повідомлення про її закриття надсилається до суду в тридобовий строк.

Законом від 21 січня 1994 р. № 3855-XII «Про державну таємницю» (в редакції Закону від 21 січня 1999 р.) передбачено види інформації, які можуть бути віднесені до державної таємниці у сфері державної безпеки та охорони правопорядку. Це, зокрема, інформація про осіб, які співпрацюють або раніше співпрацювали на конфіденційній основі з органами, що проводять таку діяльність; про кількісний склад і конкретних осіб, що є негласними штатними працівниками органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність (п. 4 ст. 8). Суди не можуть вимагати від відділу боротьби з незаконним обігом наркотиків (далі — ВБНОН) оперативно-розшукові справи. Це стосується і постанов про зміну прізвища, імені та по батькові особи на псевдонім.

Оперативна закупівля проводиться гласними і негласними працівниками оперативних підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також особами, з якими встановлено конфіденційне співробітництво на добровільних засадах.

Згідно зі ст. 15 Закону від 23 грудня 1993 р. № 3782-XII «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», нерозголошення відомостей про осіб, взятих під захист, може здійснюватися, зокрема, шляхом обмеження надання відомостей про особу в матеріалах перевірки (заявах, поясненнях тощо), протоколах слідчих дій і судових засідань, а також заміни прізвища, імені, по батькові в цих документах псевдонімами за постановою органу дізнання, слідчого, прокурора або за ухвалою суду про зміну анкетних даних. Ці постанови (ухвали) до матеріалів справи не долучаються, а зберігаються окремо в органі, у провадженні якого перебувала кримінальна справа. Наявність такої постанови є обов'язковою.

У більшості випадків покупцями наркотичних засобів, психотропних речовин є особи, прізвища яких замінено на псевдонім. Разом з тим під час узагальнення судової практики виявлено, що в деяких матеріалах кримінальних справ відсутні документи про зашифрування даних про виконавця контрольної закупки (покупця).

Європейський суд з прав людини в рішенні у справі «Тейксейра до Кастро проти Португалії» (від 9 червня 1998 р.) зазначив, що використання негласних агентів має бути обмеженим і забезпеченим гарантіями навіть у справах, пов'язаних із боротьбою з торгівлею наркотиками. Суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання до такої діяльності з боку працівників міліції. Враховуючи викладене, а також обов'язковість застосування судової практики Європейського суду з прав

людини при проведені досудового слідства, необхідно перевіряти, чи не було з боку працівників міліції та їхніх довірених осіб підбурювання та організації придбання і збуту наркотичного засобу.

Вирішуючи долю речових доказів, наркотичних засобів тощо, при постановленні вироку суди повинні керуватись Інструкцією «Про порядок знищення вилучених із незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, використання яких у законному обігу визнано недоцільним, а також обладнання для їх виготовлення», затвердженою наказом МВС, Генеральної прокуратури України, СБУ, Міністерства охорони здоров'я, Міністерства юстиції і Верховного Суду України від 27 червня 1995 р. № 437.

Як свідчать результати узагальнення, суди відповідно до вимог статей 81, 330 КПК при постановленні вироків в основному правильно вирішували питання про речові докази — грошові кошти, що передавались оперативними працівниками особам, які проводили оперативну закупівлю, а потім були виявлені та вилучені у продавців наркотичних засобів. Однак траплялися випадки, коли суди в резолютивній частині вироку невірно вирішували питання про речові докази.

Наприклад, Голосіївський районний суд м. Києва в резолютивній частині вироку у справі щодо С. вказав, що речові докази, що перебувають на зберіганні в оперуповноваженого ВБНОН, слід звернути на користь держави.

Відповідно до положень ст. 81 КПК у дохід держави передаються гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом (п. 4 ч. 1) або гроші, цінності та інші речі, які були об'єктом злочинних дій, повертаються їхнім законним володільцям, а якщо їх не встановлено, то ці гроші, цінності та речі переходять у власність держави (п. 5 ч. 1). Як вбачається з матеріалів справи, грошові кошти, вилучені у С., були отримані ним за реалізовані наркотичні засоби і не перестали бути власністю держави, яка передала їх правоохоронним органам в оперативне користування. У зазначеному випадку такі речові докази слід повертати за належністю відповідному органу МВС.

Наведене вище свідчить про наявність проблем як у законодавчому врегулюванні порядку проведення оперативного заходу, яким є оперативна закупівля наркотичних засобів, так і в застосуванні цього заходу правоохоронними органами, а також у використанні даних, отриманих у процесі оперативної закупівлі як доказів у справі.

Повнота дослідження доказів під час судового слідства

Практика розгляду справ зазначеної категорії місцевими судами склалася таким чином, що більшість цих справ розглядається в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 299 КПК, і суди не досліджують докази в повному обсязі у зв'язку з визнанням підсудними своєї вини та обставин справи.

У той же час виявлено випадки порушення положень цієї норми закону.

Наприклад, Апеляційний суд Харківської області ухвалою від 19 травня 2005 р. скасував вирок Красноградського районного суду від 3 березня 2005 р. щодо П., засудженого за ч. 1 ст. 309 КК. Скасовуючи вирок, колегія суддів вказала, що суд вийшов за межі обвинувачення, пред'явленого підсудному. Так, із протоколу судового засідання вбачається, що справу суд розглянув у порядку,

передбаченому ч. 3 ст. 299 КПК, та перекваліфікував дії підсудного з ч. 2 на ч. 1 ст. 309 КК. При цьому суд не дослідив матеріалів справи, не встановив фактичних її обставин, а лише дослідив особу підсудного. Відповідно до вимог ст. 323 КПК суд повинен обґрунтовувати вирок лише тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

Вирішуючи питання про недоцільність дослідження доказів у справі, деякі суди не з'ясовують, чи правильно підсудний та інші учасники судового розгляду розуміють зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності та істинності їх позицій, а також чи розуміють вони правові наслідки такого розгляду. Навіть якщо суди з'ясовують ці питання, то не завжди належним чином відображають це в протоколі судового засідання.

Згода на проникнення працівників підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, у жилі приміщення осіб, які підозрюються у вчиненні тяжкого злочину, або їхніх рідних для огляду помешкання не завжди є добровільною, хоча на цьому наголошено в багатьох схожих за змістом заявах. Крім того, так звані «огляди» житла за своєю суттю були обшуками, під час яких були виявлені й вилучені наркотичні засоби.

Наприклад, Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 8 квітня 2005 р. скасував вирок Костянтинівського міськрайонного суду щодо Ф., засудженого за ч. 3 ст. 307 КК. На підставі ст. 374 КПК справу було повернено на додаткове розслідування.

Скасовуючи цей вирок, колегія суддів апеляційного суду вказала на істотні порушення кримінально-процесуального закону (ст. 22 КПК) органами дізнання та досудового слідства. Встановлено, що дані про вилучену у Ф. речовину разом з медичними шприцами та зазначений об'єм флаконів з вилученою речовиною не відповідають тим, які надійшли на експертне дослідження. Суд не дав належної оцінки показанням Ф. про те, що згоду на огляд його жилого приміщення він дав під тиском працівників міліції.

Причини скасування або зміни судових рішень у справах цієї категорії

У 2007 р. в апеляційному порядку було скасовано і змінено вироки місцевих судів, постановлені щодо 1,3 тис. осіб, які вчинили злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, або 4,3 % [3,6 %] від кількості осіб, стосовно яких постановлено вироки. У тому числі скасовано вироки щодо 622 осіб, із них з направленням справи на додаткове розслідування — стосовно 122 осіб, або 19,6 % від кількості тих, щодо яких вироки скасовано в апеляційному порядку.

Під час проведення узагальнення встановлено, що більшість судових рішень, оскаржених у суді апеляційної інстанції, були пов'язані з порушенням вимог ст. 334 КПК. Постановляючи вироки, суди продовжують порушувати зазначену норму закону, відповідно до якої мотивувальна частина обвинувального вироку має містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням місця, часу, способу вчинення та наслідків злочину, форми вини і мотивів злочину.

У деяких справах причиною скасування рішення в частині засудження за ч. 1 ст. 309 КК визнано неврахування судом першої інстанції підстав,

передбачених ч. 4 ст. 309 КК, а саме те, що особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності.

Підставами для скасування вироків часто є неповнота дізнання та інші недоліки в роботі органів досудового слідства.

Встановлено окремі випадки порушення вимог ст. 223 КПК. Суди іноді не звертають уваги на те, чи складено обвинувальний висновок згідно з вимогами КПК, а також чи затверджений він прокурором.

Допущені судами першої інстанції порушення вимог кримінально-процесуального законодавства, що були підставами для скасування вироків, є: неповнота судового слідства, порушення права підсудного на захист, а також допускалися помилки при обранні міри покарання засудженим.

У переважній більшості випадків апеляційні суди змінювали вироки місцевих судів у зв'язку з пом'якшенням засудженим покарання.

Найбільш поширеною із помилок, яких припускалися місцеві суди, є безпідставне визнання у справах цієї категорії рецидиву злочину як обставини, що обтяжує покарання засудженого, тоді як його дії кваліфіковано органом досудового слідства і судом за ознакою повторності.

Такі порушення виявлені майже в усіх областях України. Це свідчить про неналежний підхід місцевих судів до розгляду справ розглядуваної категорії.

Кваліфікація злочинів

У 2007 р. порівняно з попереднім роком кількість засуджених осіб за вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів за вироками, що набрали законної сили, зменшилася на 2,9 % і становила 30,9 тис. [31,8 тис.] осіб. Водночас їх питома вага серед осіб, засуджених за вчинення всіх видів злочинів, збільшилася до 20,2 % [19,8 %].

У структурі осіб, засуджених за вчинення зазначених злочинів, переважну більшість становлять особи, засуджені за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ст. 309 КК), — 21,1 тис. [20,9 тис.] осіб, або 68,2 % [65,6 %] від числа всіх засуджених за ці злочини. Кількість зазначених осіб порівняно з попереднім роком збільшилася на 1 %.

Порівняно з попереднім роком також збільшилася кількість осіб, засуджених за:

– організацію або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 317 КК), — 850 [843], що більше на 0,8 %;

– викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням (ст. 313 КК), — 52 [47], що більше на 10,6 %;

– порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 320 КК), — 5 [4], що більше на 25 %.

На 3,5 % збільшилася кількість засуджених за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів або їх аналогів (ст. 307 КК) і становила 6,1 тис. [5,8 тис.] осіб. Частка осіб, засуджених за вчинення цього виду злочину, становила 19,6 % [18,4 %] від усіх засуджених за злочини у сфері обігу наркотичних засобів.

У 2007 р. зменшилася кількість осіб, засуджених за:

– посів або вирощування снотворного маку чи конопель (ст. 310 КК), — 2,1 тис. [3,4 тис.] осіб, що менше на 38,6 %;

– контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. 305 КК), — 163 особи [170], що менше на 4,1 %;

– незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ст. 311 КК), — 151 особу [164], що менше на 7,9 %;

– схиляння до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 315 КК), — 237 осіб [252], що менше на 6 %;

– викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 308 КК), — 182 особи [184], що менше на 1,1 %.

Законність і обґрунтованість вироків у справах, що розглядаються в цьому узагальненні, залежить насамперед від правильності кваліфікації злочинів.

Предметом злочинів, пов'язаних з обігом наркотичних засобів, є переважно такі наркотичні засоби: солома макова, кодеїн, кокаїн, морфін, опій, канабіс (гашиш, марихуана), героїн. Лише в поодиноких випадках предметом злочину були психотропні речовини, найчастіше промислового виробництва, що віднесені до транквілізаторів, а також прекурсори — хімічні речовини, які використовуються для виготовлення наркотичних засобів (переважно ацетон, оцтовий ангідрид, сірчана й соляна кислоти).

Узагальнення засвідчило, що суди в основному правильно визначають вид наркотичного засобу, його розмір у ваговому вимірі та кваліфікують дії особи відповідно до встановленого.

Однією з кваліфікуючих ознак злочинів зазначеного виду є розміри наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів: невеликі, великі, особливо великі. Нечітке розуміння деякими суддями термінів, понять, кваліфікуючих ознак, суб'єктів діянь, спрямованості умислу особи призводить до помилок у кваліфікації цих злочинів.

Найпоширенішими є помилки у визначенні розміру наркотичного засобу, який був предметом злочину.

Визначення великого й особливо великого розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів покладено законом (примітка до ст. 305 КК) на спеціально уповноважений орган виконавчої влади у галузі охорони

здоров'я. Як уже зазначалося, наказом Міністерства охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 р. № 188 затверджено відповідні таблиці.

Слід враховувати при кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 309 КК розмір наркотичного засобу, який у таких випадках має перевищувати невеликий. Межа між невеликим розміром і тим, що може бути предметом злочину, визначається відповідно до названих таблиць. Коли ж предметом незаконних дій особи без мети збуту був наркотичний засіб або психотропна речовина в невеликому розмірі, особа має нести відповідальність за ст. 44 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП). У деяких випадках, коли предметом такого злочину є особливо небезпечні наркотичні засоби чи психотропні речовини, їх невеликий розмір не визначається (наприклад, героїн, ефедрон). У такому випадку відповідальність за ст. 309 КК настає в разі здійснення таких незаконних дій навіть із мізерною кількістю цих наркотичних засобів.

У судовій практиці виникає питання про те, як потрібно кваліфікувати дії особи, в якої вилучено декілька видів наркотичних засобів, кожен з яких не перевищує невеликий чи великий розмір? Суди запитують, чи потрібно в таких випадках підсумовувати їх загальний розмір і якої при цьому необхідно дотримуватися методики?

Вважаємо, що допустимим є складення розмірів наркотичних засобів різних видів. Розмір цих засобів (речовин) визначається виходячи з їх загальної кількості.

У випадках, коли предметом злочину разом із наркотичним засобом чи психотропною речовиною є ще й прекурсор, об'єднувати їх розміри неприпустимо. Можна складати лише розміри прекурсорів різних видів.

Якщо встановлено, що в діях винного є незакінчений склад злочину, ці дії слід кваліфікувати відповідно до ст. 15 КК як замах на злочин, який відрізняється від готування на вчинення злочину характером дій.

Суди в основному правильно визначають, що для кваліфікації діяння за ст. 307 КК достатньо встановити факт збуту наркотичного засобу, оскільки це є самостійною формою об'єктивної сторони цього злочину.

Якщо ж наркотичний засіб виготовлено для збуту, а особа не встигла його збути, вона має нести відповідальність не за приготування до збуту, а за виготовлення для збуту наркотику, що є закінченим злочином.

Термін «збут» означає різні способи реалізації наркотиків. При цьому не має значення та обставина, переслідувала особа мету одержати майнову вигоду чи такої мети не мала.

Безоплатна передача чи пересилання наркотичного засобу в місця позбавлення волі в цілому правильно кваліфікуються судами як збут за ст. 307 КК. Слід мати на увазі, що безкоштовну передачу наркотиків необхідно розглядати як один зі способів їх збуту. Якщо при цьому суб'єкт ще й схиляв особу до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів, в його діях є сукупність злочинів, передбачених статтями 307 і 315 КК.

Схиляннням до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів потрібно розуміти будь-які умисні дії, спрямовані на збудження в

іншої особи бажання вжити ці засоби або речовини хоча б один раз (пропозицію, умовляння, пораду, переконування тощо). Відповідальність за такий злочин настає незалежно від наслідків схиляння, тобто від того, вжила інша особа наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналог чи відмовилася це зробити.

Дії винного, спрямовані на збудження бажання вжити наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналог у двох осіб і більше, кваліфікуються за ч. 2 ст. 315 КК тоді, коли вони охоплювались єдиним умислом винного і вчинялись, як правило, в одному й тому ж місці без значного розриву в часі.

Про вчинення дій, передбачених ст. 309 КК (без мети збуту) можуть свідчити: порівняно невеликі обсяги виготовлення, придбання, зберігання, перевезення або пересилання вказаних засобів, коли їх кількість достатня лише для особистого споживання і встановлено факт захворювання винної особи на наркоманію тощо.

Сумісне виготовлення та вживання наркотичних засобів не є збутом, а житло сім'ї, члени якої вживають наркотичні засоби, не може розглядатись як місце для незаконного вживання наркотичних засобів.

Дії співучасників кваліфікуються відповідно до тієї ролі, яку вони відіграють у вчиненні злочину, згідно з нормами КК. Найчастіше у справах цієї категорії має місце проста співучасть виконавців.

Спільність дій співучасників означає, що злочин учиняється їхніми спільними й об'єднаними зусиллями. Кожен із них робить свій внесок у здійснення злочину, при цьому користуючись допомогою чи сприянням іншого співучасника або розраховуючи на це.

При призначенні покарання співучасникам злочину ставляться у вину ті дії, які вони усвідомлювали. У разі вчинення виконавцем незакінченого злочину інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому злочині.

У випадку, коли декілька осіб за попередньою змовою вирішили незаконно придбати або виготовити наркотичні засоби і надати приміщення для збереження та вживання їх, такі дії слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309, ч. 1 ст. 317 КК. Якщо серед групи осіб є особа, яка здійснювала незаконний посів, вирощування снотворного маку чи конопель та яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 307, 309, 311, 317 КК, її дії треба кваліфікувати ще й за ч. 2 ст. 310 КК.

При кваліфікації та призначенні покарання суди беруть до уваги такі кваліфікуючі ознаки, як повторність злочину, а також вчинення злочину особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306—317 КК. Суди враховують зазначені ознаки й призначають покарання більш суворе, ніж за злочин без кваліфікуючих ознак.

При визначенні таких кваліфікуючих ознак, як повторність і вчинення злочину особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 306—317 КК, необхідно керуватися п. 10 постанови Пленуму № 4, згідно з яким незаконне заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами та наступне їх зберігання, перевезення, пересилання з

метою збуту чи без такої мети, а також їх незаконний збут утворюють сукупність злочинів, передбачених ст. 308 і ст. 307 КК чи ст. 309 КК, проте не утворюють ознаки повторності, передбаченої ч. 2 ст. 307 КК або ч. 2 ст. 309 КК.

Сукупність має місце й тоді, коли з викрадених наркотиковмісних рослин виготовляється наркотичний засіб нового виду. Повторності в цьому разі немає.

Частиною 2 ст. 307 КК передбачено два види повторності злочинів, а саме: повторність тотожних і повторність однорідних злочинів.

Перший вид повторності має місце тоді, коли особа вчинила два або більше діянь, передбачених ч. 1 ст. 307 КК. При цьому винний, зокрема, може вчиняти в один і той же час триваючий злочин (зберігання наркотичних засобів) та продовжуваний (виробництво партії наркотиків) або одноактний (пересилання).

Якщо винний вчинив, наприклад, закінчений злочин у виді виробництва наркотичних засобів а замах на збут цих засобів, його дії підлягають кваліфікації за сукупністю злочинів — за ч. 1 ст. 307 КК та ст. 15 КК і ч. 1 ст. 307 КК.

Другий вид повторності, передбачений ч. 2 ст. 307 КК, має місце тоді, коли вчиненню злочину, передбаченого ст. 307 КК, передувало також вчинення тією самою особою одного зі злочинів, передбачених будь-якою частиною статей 308—310, 312, 314, 315 або 317 КК.

При призначенні покарання рецидив злочину суди враховують як обставину, що обтяжує покарання підсудного.

По-різному суди оцінюють дії особи, яка в порівняно невеликий проміжок часу викрала з декількох ділянок кількох землекористувачів наркотичні засоби (коробочки та стебла маку, верхівки коноплі). Одні суди вважають такі дії продовжуваним злочином, інші — повторністю злочинів.

Вважаємо, що вилучення рослин маку й конопель, якщо винний усвідомлював, що викрадає їх у різних власників або з різних земельних ділянок, утворює не один продовжуваний злочин, а кілька однорідних злочинів, що слід розглядати як повторне викрадення наркотичних засобів і кваліфікувати за ч. 2 ст. 308 КК.

У випадках, коли наркотичний засіб, психотропну речовину або їх аналоги було одночасно виготовлено і для особистого вживання, й для збуту, вчинене необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 307 і ст. 309 КК. При цьому слід мати на увазі, що за ст. 309 КК належить кваліфікувати дії винного лише в частині виробництва, виготовлення та зберігання цих засобів і речовин у тому розмірі, в якому він їх ужив чи планував ужити.

При вивченні справ зазначеної категорії виявлено випадки, коли органи досудового слідства, а також суди при кваліфікації дій обвинувачених не розрізняють виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів від виготовлення, про що надані роз'яснення у п. 3 постанови Пленуму № 4.

Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів і незаконне перевезення або пересилання їх за межі території України необхідно

кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 307 чи ст. 309 КК та як контрабанду ще й за ст. 305 КК.

Суди в основному правильно кваліфікують дії винних у незаконному посіві або вирощуванні снотворного маку чи конопель за ст. 310 КК. Однак трапляються й помилки.

У цілому склалася правильна судова практика, коли злочин, передбачений ст. 310 КК, визнається закінченим з моменту висівання насіння чи посадки розсади, а також вчинення дій з догляду за рослинами незалежно від досягнення поставленої мети. Якщо з незалежних від волі особи причин (внаслідок заморозків, засухи та ін.) сходи не зійшли або рослини загинули, то й у цих випадках злочин визнається закінченим.

Придбання насіння або розсади з метою посіву і вирощування маку чи коноплі, пророщування насіння, догляд за розсадою до висівання або посадки в грунт в основному правильно розглядаються як готування до злочину і ці дії слід кваліфікувати за ст. 14 та ст. 310 КК.

Посів наркотиковмісних рослин та їх вирощування являють собою єдиний агротехнічний процес, який продовжується в часі. Такі дії є продовжуваним злочином. Також продовжуваним є злочин і в тому випадку, коли посів і вирощування рослин були проведені з метою збуту. Злочин буде закінченим незалежно від реалізації умислу або добровільної відмови від доведення злочину до кінця.

При кваліфікації дій особи за ч. 2 ст. 310 КК за ознакою незаконного посіву або вирощування снотворного маку чи конопель у кількості 500 і більше рослин потрібно виходити з того, що при підрахунку кількості останніх окремою рослиною вважається та, яка має самостійний корінь, а кількість її стебел у розрахунок не береться. При підрахунку рослин різних видів допускається складення їх кількості.

Наркотичними засобами, які одержують з рослин конопель, є канабіс, смола канабісу, екстракти (настойки) канабісу та психотропна речовина тетрагідроканабінол.

Канабіс (марихуана) — верхівки конопель з квітами або плодами (за винятком насіння та листків, якщо вони не супроводжуються верхівками), з яких не була виділена смола. Він є наркотичною сировиною для виготовлення натуральних наркотиків (гашишу, анаші та ін.). Смола канабісу — суміш виділеної смоли, пилку чи окремих подрібнених часток рослини коноплі, яка містить тетрагідроканабінол (особливо небезпечна психотропна речовина).

Дії особи, яка вчинила незаконний посів або вирощування наркотичного засобу, а потім зберігала, перевозила, збувала перероблений наркотичний засіб, або виготовляла з нього інший наркотичний засіб, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 310 та ст. 309 КК або ст. 307 КК, виходячи з установлених при розгляді справи обставин.

Від складу злочинів, передбачених статтями 307 і 310 КК, склад злочину, відповідальність за який настає за ст. 320 КК, відрізняється тим, що в останньому випадку виготовлення, зберігання, розподіл, реалізація наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів, посів

або вирощування маку снотворного чи конопель здійснюються на законних підставах, але з порушенням правил обігу цих засобів, речовин або наркотиковмісних рослин.

Частиною 1 ст. 311 КК передбачено відповідальність за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсору без мети збуту, а ч. 2 цієї статті — за такі ж дії, вчинені з метою збуту, або за збут прекурсорів. Особа підлягає кримінальній відповідальності за умови вчинення нею хоча б однієї з перелічених у ст. 311 КК дій у разі її наміру використати прекурсор саме для виготовлення наркотичного засобу чи психотропної речовини.

Аналогічно повинно вирішуватися питання про відповідальність за наявності умислу збути прекурсор особі, яка має намір виготовити наркотичний засіб.

Якщо ж речовини, віднесені до прекурсорів, були придбані, зберігалися, перевозилися, пересилалися для інших цілей (наприклад, ацетон — для розведення фарб, соляна чи сірчана кислота — для акумуляторів тощо), то дії особи не утворюють складу злочину, оскільки відсутній об'єкт посягання.

Наданням приміщення для вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів потрібно розуміти забезпечення можливості одній чи декільком особам використати його в такий спосіб хоча б один раз. Для притягнення до відповідальності за ст. 317 КК не має значення за плату чи безкоштовно було надане це приміщення.

Практика звільнення осіб від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 307 КК та ч. 1 ст. 309 КК у разі добровільної здачі наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 4 ст. 307 КК), а також у зв'язку з добровільним зверненням до лікувального закладу і початку лікування від наркоманії (ч. 4 ст. 309 КК)

Частиною 4 ст. 307 КК і ч. 4 ст. 309 КК передбачено спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

Слід зазначити, що звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 307 КК за злочини, передбачені ч. 1 ст. 307 та ч. 1 ст. 309 КК, допускається лише за умови, що винна особа добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини чи їх аналоги і вказала джерело придбання цих засобів (речовин) або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних із їх незаконним обігом.

Здача наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів визнається добровільною, якщо відбулася за обставин, коли особа мала й усвідомлювала можливість продовжувати протиправну діяльність, але не побажала цим скористатися. Звільнення від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи із зазначених підстав мають здійснюватися за правилами, передбаченими статтями 7—72 КПК. За такими ж правилами звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії.

При вирішенні питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності з цієї підстави суду необхідно з'ясувати, чи дійсно особа страждала на наркоманію і потребувала лікування від неї, чи дійсно вона звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування добровільно, а не вимушено і чи дійсно ставить за мету вилікуватися від наркоманії, а не ухилитись у такий спосіб від кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

За змістом норм, передбачених ч. 4 ст. 307 та ч. 4 ст. 309 КК, особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності незалежно від того, коли вона вчинила дії, які дають для цього підстави, але до закінчення судового слідства.

При вивченні справ, за якими особи були звільнені від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК, виявлено непоодинокі випадки, коли підставою для застосування цього положення закону є медичні довідки приватних медичних установ про початок лікування обвинуваченого вже після надходження справи до суду, які слід перевіряти.

Приймаючи рішення про закриття справи, суди не звертають уваги на те, що згідно з висновком експерта особа не потребує лікування від наркоманії, оскільки від неї не страждає, а медичні довідки часто видаються в день судового засідання або за день до нього. При цьому суди не перевіряють достовірність цих довідок, а також те, чи дійсно особа бажає лікуватися від наркоманії, а не уникнути кримінальної відповідальності. Не дають суди оцінки й тому факту, що бажання лікуватись у підсудних виникає безпосередньо перед судовим засіданням.

Узагальнення практики розгляду кримінальних справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів засвідчило, що необхідно підвищувати рівень якості досудового слідства і судового розгляду справ названої категорії.

Під час розслідування справ органи досудового слідства припускалися помилок при кваліфікації дій осіб, що притягувалися до відповідальності, й порушували вимоги КПК, зокрема щодо законності слідчих дій, правильності оформлення документів про речові докази тощо. Суди не завжди реагували належним чином на незадовільну якість дізнання та досудового слідства в цих справах. Їм також необхідно підвищити рівень судового розгляду справ, пов'язаних з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

ВИЩИЙ СПЕЦІАЛІЗОВАНИЙ СУД УКРАЇНИ З РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ І КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ	
ЛИСТ	
19.12.2011	
	Головам апеляційних судів областей,

	міст Києва та Севастополя, Апеляційного суду Автономної Республіки Крим

Судова палата у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі - ВССУ) звертає увагу суддів місцевих та апеляційних судів України на те, що постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 2011 року N 796 (796-2011-п) (далі - КМУ) до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року N 770 (770-2000-п), внесено зміни, зокрема виключено:

- зі списку N 1 таблиці I "Особливо небезпечні наркотичні засоби, обіг яких заборонено" (770-2000-п) та N 2 таблиці I "Особливо небезпечні психотропні речовини, обіг яких заборонено" (770-2000-п) позицію "Кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять";

- зі списку N 1 таблиці II "Наркотичні засоби, обіг яких обмежено" (770-2000-п) позицію "Омнопон - суміш опіуму" та слово "(промедол)" у позиції "Тримеперидин (промедол)".

Зазначимо, що виключення із списку N 1 (770-2000-п) та N 2 таблиці I (770-2000-п) позиції "Кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять" зумовлене тим, що: 1) складові (діючі речовини) зазначених препаратів визначені в переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року N 770 (770-2000-п) (із змінами, внесеними постановою КМУ від 27 липня 2011 року N 796) (796-2011-п); 2) використання формулювання "кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять" вказує, в першу чергу, на методи та умови отримання наркотичних засобів та психотропних речовин; 3) таке формулювання відсутнє в таблицях невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 1 серпня 2000 року N 188 (z0512-00) (далі - МОЗ) (у редакції наказу МОЗ України від 29 липня 2010 року N 634) (z0900-10).

Виключення зі списку N 1 таблиці II "Наркотичні засоби, обіг яких обмежено" (770-2000-п) позиції "Омнопон - суміш опіуму" та слово" (промедол)" у позиції "Тримеперидин (промедол)" зумовлене тим, що омнопон та промедол є торговими назвами лікарських засобів, діючі речовини яких, наприклад, омнопону - морфін, кодеїн та тебаїн передбачені у зазначеному переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

У зв'язку зі змінами, внесеними постановою КМУ від 27 липня 2011 року № 796 (796-2011-п) до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року N 770 (770-2000-п), судам при розгляді кримінальних справ, порушених за вчинення

злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, необхідно враховувати наступне:

1. Диспозиції складів злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів за своїм змістом є бланкетними (мають відсильний характер), оскільки для з'ясування наявності складу конкретного злочину необхідно звернутися до інших нормативно-правових актів України, в тому числі до постанови КМУ "Про затвердження переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів" від 6 травня 2000 року № 770 (770-2000-п) та наказу МОЗ України "Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу" від 1 серпня 2000 року № 188 (z0512-00).

Виключення зі списку № 1 (770-2000-п) та № 2 таблиці I (770-2000-п) позиції "Кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять" вказує на необхідність уточнення формулювання обвинувачення, оскільки зазначені препарати, на відміну від їх складових (діючих речовин), не є предметом злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

Крім того, слід зазначити, що до "кустарно виготовлених препаратів з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять" належать меткатинон, катинон, амфетамін, метамфетамін та інші похідні речовини та засоби. При цьому зауважимо, що амфетамін та метамфетамін розміщені у списку № 2 таблиці II "Психотропні речовини, обіг яких обмежено" (770-2000-п), тобто, на відміну від меткатинону та катинону, вони не відносяться до особливо небезпечних психотропних речовин. Тому при кваліфікації суспільно-небезпечного діяння, предметом якого є зазначені речовини (амфетамін та метамфетамін), необхідно брати до уваги не якісні їх характеристики, а кількісні (розмір). У свою чергу, при визначенні розміру наркотичних засобів і психотропних речовин необхідно керуватися наказом МОЗ України від 1 серпня 2000 року № 188 (z0512-00) "Про затвердження таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу".

3. При розгляді кримінальних справ про злочини, предметом яких є кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їх містять, що перебувають у провадженні судів та по яким не постановлені судові рішення, судам, беручи до уваги зміни, внесені постановою КМУ від 27 липня 2011 року № 796 (796-2011-п) до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року № 770 (770-2000-п), необхідно призначати повторні судові експертизи та з урахуванням експертних висновків та інших доказів у справі приймати рішення про кваліфікацію (перекваліфікацію) дій підсудних.

4. Судам апеляційної інстанції при апеляційному розгляді кримінальних справ про злочини, предметом яких є кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдоефедрину, фенілпропаноламіну (ФПА, норефедрин) або препаратів, які їхмістять, з урахуванням змін, внесених постановою КМУ від 27 липня 2011 року № 796 (796-2011-п) до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року № 770 (770-2000-п), необхідно дотримуватись вимог Глави 30 КПК України (1003-05) і з'ясовувати зазначені вище питання під час судового слідства, за наслідками якого постановляти судові рішення відповідно до вимог ст. 366 КПК України (1003-05).

5. Роз'яснити судам, що судові рішення, які набрали законної сили, за наявності обставин, пов'язаних із внесенням змін постановою КМУ від 27 липня 2011 року № 796 (796-2011-п) до переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМУ від 6 травня 2000 року № 770 (770-2000-п), можуть бути переглянуті виключно в порядку, встановленому Главою 32 КПК України (1003-05).

Крім того, судова палата у кримінальних справах ВССУ, виходячи із необхідності забезпечення однакового і правильного застосування положень частин 4 статей 307, 309 Кримінального кодексу України (2341-14) (далі - КК України), як одних із спеціальних видів звільнення особи від кримінальної відповідальності, вважає за необхідне повідомити наступне.

1. Із буквального тлумачення ч. 4 ст. 307 КК України (2341-14) та проведеного системного аналізу використання законодавцем при побудові норм закону слів "або", "і", "з" випливає, що в ч. 4 ст. 307 КК України (2341-14) передбачено дві відокремлені підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 307 та ч. 1 ст. 309 КК України (2341-14). Зокрема: 1) добровільна здача особою наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів і повідомлення про джерело їх придбання; 2) добровільна здача особою наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів і сприяння особи в розкритті злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

При цьому зауважимо, що використання законодавцем слова "злочинів" вказує на два та більше суспільно-небезпечних діяння, а формулювання "злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів" - на те, що підставою для звільнення від кримінальної відповідальності є сприяння особи в розкритті саме таких злочинів. Зазначимо, що визначення терміну "обіг наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів" надано в абз. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів" (60/95-ВР).

Крім того, незважаючи на те, що в ч. 4 ст. 307 КК України (2341-14) не міститься вказівки на необхідність сприяння особи в розкритті інших злочинів, а не тих, в яких вона обвинувачується, беручи до уваги п. 1 ч. 1 ст. 66 КК України (2341-14), вважаємо практику звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі сприяння нею в розкритті злочинів, у яких вона

обвинувачувалась, невірною, оскільки "активне сприяння розкриттю злочину" є обставиною, яка пом'якшує покарання, а не звільняє від нього.

2. Згідно положень ч. 4 ст. 309 КК України (2341-14) підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту є добровільне звернення цієї особи до лікувального закладу і початок її лікування від наркоманії.

Тому суд, вирішуючи питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності, повинен з'ясувати: 1) чи вчинила особа злочин, передбачений ч. 1 ст. 309 КК України (2341-14); 2) чи звернулася вона до лікувального закладу добровільно, а не вимушено, тобто чи ставила вона за мету вилікуватися від наркоманії, а не ухилитись у такий спосіб від кримінальної відповідальності за вчинений злочин; 3) чи розпочала лікування.

Відсутність хоча б однієї із цих умов, а також незгода винної особи на закриття кримінальної справи з відповідної підстави унеможливлює звільнення особи від кримінальної відповідальності за ч. 4 ст. 309 КК України (2341-14).

3. Крім того, доводимо до Вашого відома, що деякі питання які виникають в практичній діяльності при звільненні особи від кримінальної відповідальності відповідно до ч. 4 ст. 309 КК України (2341-14), зокрема, щодо можливості такого звільнення на стадії попереднього розгляду справи, знайшли своє відображення у статті заступника Голови ВССУ С.М.Міщенка на сторінках науково-практичного юридичного журналу "Часопис цивільного і кримінального судочинства" №2. – 2011.

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-30кс12

(рішення про неправильну кваліфікацію послідовного вчинення альтернативних діянь, передбачених ст. 307 КК)

Визначальним для правильної оцінки послідовного вчинення діянь, альтернативно передбачених у кримінально-правовій нормі, зокрема у статті 307 КК, є з'ясування змісту суб'єктивного ставлення винної особи до вчинених нею діянь.

Якщо у винної особи був єдиний умисел щодо незаконного придбання, зберігання та збуту наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогів в особливо великому розмірі, вчинені нею діяння щодо одного й того ж предмета злочину, без значного розриву в часі, належить розглядати як єдиний (одиничний) злочин і він має кваліфікуватися за частиною третьою статті 307 КК.

Учинення особою не одного, а кількох діянь (у тому числі незакінчених), альтернативно зазначених у певній кримінально-правовій нормі, підлягає врахуванню у межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину (пункт 3 частини першої статті 65 КК).

(Витяг)

Вироком Довгинцівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 9 серпня 2010 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною першою статті 307 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк три роки з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; частиною третьою статті 307 КК до позбавлення волі на строк вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк вісім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що він, перебуваючи у стані наркотичного сп'яніння, 3 грудня 2009 року приблизно о 12-й год. поблизу магазину "Смак", розташованого на вул. Лісового у м. Кривому Розі, у невстановленої особи незаконно придбав із метою збуту психотропну речовину – метамфетамін гідрохлорид загальною масою 32,263 г, частину з якої запакував у поліетиленовий пакет, а решту – розфасував у 46 фрагментів полімерних трубок, поклав у внутрішню кишеню куртки та незаконно зберігав при собі з метою збуту. Того ж дня і в тому ж місці о 16-й год. 45 хв. ОСОБА_1 за 130 гривень незаконно збув ОСОБА_3 фрагмент полімерної трубки з вмістом у ній 0,095 г психотропної речовини – метамфетаміну гідрохлориду.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 17 січня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 23 серпня 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

У заяві заступник Генерального прокурора України вважає кваліфікацію дій ОСОБА_1 за частиною першою статті 307 КК зайвою, оскільки, розділивши дії об'єктивної сторони складу злочину за ознаками незаконного придбання та зберігання з метою збуту психотропної речовини в особливо великих розмірах та незаконний збут частини психотропної речовини й оцінивши ці дії як окремі злочини, передбачені частинами першою та третьою статті 307 КК, суд штучно створив сукупність злочинів.

На думку прокурора, таке застосування зазначеної норми кримінального закону різниться від застосування цієї ж норми в інших судових рішеннях суду касаційної інстанції.

На обґрунтування заяви прокурор надав ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада

2006 року, якою залишено без змін вирок Богуславського районного суду Київської області від 3 жовтня 2005 року та ухвалу апеляційного суду Київської області від 30 листопада 2005 року щодо ОСОБИ_2.

У цій справі ОСОБУ_2 було засуджено за те, що він незаконно придбав (зібрав на сміттєзвалищі міста) листя дикорослої коноплі, приніс її додому, подрібнив та висушив і, таким чином, приготував особливо небезпечний наркотичний засіб – марихуану (каннабіс) загальною вагою 5892,44 г, який розфасував в поліетиленові пакети, незаконно зберігав із метою збуту й впродовж січня – лютого 2005 року неодноразово збував. Такі дії засудженого були кваліфіковані за частиною третьою статті 307 КК.

Захисник Примаков К.О. погодився з доводами заяви прокурора, ухвалу просить скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд, додав, що засудження ОСОБА_1 за частиною третьою статті 307 КК суперечить вимогам частини третьої статті 62 Конституції України та офіційному тлумаченню цієї конституційної норми у Рішенні Конституційного суду України від 20 жовтня 2010 року № 12-рп/2011, статті 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року, а також рішенню Європейського суду з прав людини у справі «Шабельник проти України» від 19 лютого 2012 року.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, пояснення захисника засудженого, перевірила матеріали справи, обговорила доводи заяви та матеріали, додані до неї, і встановила таке.

Статтею 307 КК передбачено кримінальну відповідальність за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. За конструкцією та змістом склади цього злочину, в тому числі й кваліфіковані, є так званими складами з кількома альтернативними діяннями, що мають різний «предметний» зміст.

Тобто диспозиція цієї норми закону про кримінальну відповідальність перелічує кілька альтернативних діянь, кожне з яких як самостійно, так і в їх сукупності, причому у будь-якій кількості й поєднанні, становлять єдиний (одиничний) злочин.

На це звернуто увагу і в постанові Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 7 “Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки”, у пункті 5 якої зазначено, що якщо в одній статті (частині статті) Особливої частини КК передбачені різні за своїм змістом діяння (статті 263, 307, 309 КК тощо), їх вчинення в різний час не утворює повторності злочинів у випадках, коли такі діяння охоплювались єдиним умислом особи. У цих випадках вчинені особою діяння стають елементами одного злочину (наприклад, незаконне виготовлення, придбання наркотичних засобів і наступне їх зберігання та перевезення; незаконне придбання вогнепальної зброї та бойових припасів і наступне їх зберігання та носіння).

Також згідно з роз’ясненнями, які містяться в абзаці 11 пункті 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 4 “Про судову

практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів" (із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 року № 16), злочини, передбачені статтями 307, 309 або 311 КК, визнаються закінченими з моменту вчинення однієї із зазначених у диспозиціях цих статей альтернативних дій. У випадках, коли винна особа вчинила одну або декілька зазначених дій, але не встигла вчинити іншу дію із тих, які охоплювались її умислом, скоєне слід розглядати як закінчений злочин за виконаними діями, а незавершена дія окремої кваліфікації як готування до злочину або як замах на злочин не потребує.

З огляду на викладене визначальним для правильної кримінально-правової оцінки послідовного вчинення діянь, альтернативно вказаних у кримінально-правовій нормі, зокрема у статті 307 КК, є з'ясування змісту суб'єктивного ставлення винної особи до вчинених нею діянь.

Якщо у винної особи був єдиний умисел щодо незаконного придбання, зберігання та збуту наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогів в особливо великому розмірі, вчинені нею діяння щодо одного й того ж предмета злочину, без значного розриву в часі, належить розглядати як єдиний (одиничний) злочин і він має кваліфікуватися за частиною третьою статті 307 КК.

Учинення ж особою не одного, а кількох діянь (у тому числі незакінчених), альтернативно зазначених у певній кримінально-правовій нормі, підлягає врахуванню у межах такої загальної засади призначення покарання, як призначення покарання з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину (пункт 3 частини першої статті 65 КК).

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що ОСОБА_1 незаконно придбав і зберігав із метою збуту психотропні речовини в особливо великих розмірах. Без значного розриву в часі з тією самою метою він намагався збути психотропні речовини в особливо великому розмірі і продажем незначної частини розпочав такий збут, але не завершив його.

У рішенні, яке надане для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні до діяння, інкримінованого ОСОБА_1, і отримали кримінально-правову оцінку за частиною третьою статті 307 КК як одиничний злочин.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, які надані для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції зазначену норму закону про кримінальну відповідальність застосував неправильно.

За фактичних обставин справи, коли особа вчинила два або більше діянь, які охоплюються єдиним умислом суб'єкта, то такі дії, вчинені в різний час, за своїми ознаками не утворюють сукупності злочинів.

Відповідно до частини другої статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, якщо Верховний Суд України установить, що

судове рішення у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400-12 цього Кодексу, він скасовує його повністю або частково і приймає нове судове рішення, яке має містити висновок про неправильне застосування норми кримінального закону щодо суспільно небезпечного діяння та обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання.

Оскільки у цій кримінальній справі Верховний Суд України встановив помилковість висновків суду касаційної інстанції щодо правильності кваліфікації дій засудженого, однак процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, то за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (стаття 2 КК), змушений застосувати найприйнятніший спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого мають усунути зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність та розглянути доводи, наведені у запереченні захисника.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року № 4652-VI, статтями 400-14, 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 серпня 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, справу направити на новий касаційний розгляд до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 липня 2013 року у справі № 5-21кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію послідовного вчинення альтернативних діянь, передбачених ст. 307 КК)

Якщо у винної особи був єдиний умисел щодо незаконного виготовлення, зберігання та збуту наркотичного засобу в особливо великому розмірі, вчинені нею діяння щодо одного й того ж предмета злочину, без значного розриву в часі, належить розглядати як єдиний (одиничний) злочин, який має кваліфікуватися за частиною третьою статті 307 КК. При цьому злочин слід вважати закінченим за виконаними діями,

а незавершена дія окремої кваліфікації не потребує.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що винуватий незаконно виготовив і зберігав з метою збуту наркотичний засіб в особливо великих розмірах та протягом нетривалого проміжку часу шляхом часткових продажів розпочав його збут, але не завершив. Такі обставини дають підстави для висновку, що дії винуватого охоплювалися єдиним умислом, а відтак, усупереч висновку касаційного суду, не утворюють сукупності злочинів і мають розглядатися як єдиний одиничний злочин.

(Витяг)

Вироком Скадовського районного суду Херсонської області від 8 грудня 2011 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, уродженця ІНФОРМАЦІЯ 2, громадянина України, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною другою статті 307 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк шість років з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; частиною третьою статті 307 КК до позбавлення волі на строк дев'ять років з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА 1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк дев'ять років з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА 1 визнано винуватим у тому, що він у квітні 2010 року на городі за місцем свого проживання ІНФОРМАЦІЯ 3 посіяв близько семи кущів конопель, пізніше зірвав з них листки та верхівки, висушив їх і таким чином незаконно виготовив з метою збуту особливо небезпечний наркотичний засіб – канабіс висушений, який зберігав із тією самою метою за вищевказаною адресою, а 30 липня та 27 серпня того ж року частину цього наркотичного засобу вагою відповідно 2,72 г і 5,65 г незаконно повторно збув ОСОБА 2 шляхом продажу за 40 грн та за 50 грн. Решту зазначеного наркотичного засобу вагою 3420,9 г, що становить особливо великий розмір, 27 серпня 2010 року було виявлено і вилучено співробітниками міліції при проведенні обшуку за місцем проживання ОСОБА 1.

Апеляційний суд Херсонської області ухвалою від 10 квітня 2012 року вирок щодо ОСОБА 1 залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 14 лютого 2013 року судові рішення щодо ОСОБА 1 залишила без зміни.

За змістом заяви про перегляд вищевказаної ухвали касаційного суду заступник Генерального прокурора України вважає, що дії ОСОБА 1, які полягали в незаконному виготовленні і зберіганні з метою збуту особливо небезпечного наркотичного засобу в особливо великих розмірах та незаконному збуті частини цього наркотичного засобу, повністю підпадають під диспозицію частини третьої статті 307 КК і не потребують кваліфікації ще й за частиною другою зазначеної статті, оскільки ці його дії охоплювалися

єдиним умислом і тому становлять єдиний (одиничний) злочин. На думку прокурора, розділивши дії об'єктивної сторони складу злочину, вчиненого засудженим, за ознаками незаконного виготовлення і зберігання з метою збуту особливо небезпечного наркотичного засобу в особливо великих розмірах та незаконного виготовлення і зберігання з метою збуту, а також збуту частини цього наркотичного засобу й оцінивши ці дії як окремі злочини, передбачені відповідно частинами третьою і другою статті 307 КК, суд штучно створив сукупність злочинів.

Заявник стверджує, що суд касаційної інстанції інакше застосував ті самі норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і з цих підстав просить ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 лютого 2013 року щодо ОСОБА 1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

На обґрунтування заяви заступник Генерального прокурора України надав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2006 року, якою залишено без зміни вирок Богуславського районного суду Київської області від 3 жовтня 2005 року та ухвалу апеляційного суду Київської області від 30 листопада 2005 року щодо ОСОБА 3. Останнього було засуджено за те, що він, крім іншого, незаконно виготовив особливо небезпечний наркотичний засіб – марихуану (канабіс) вагою 5892,44 г, який розфасував у поліетиленові пакети і незаконно зберігав з метою збуту, а частину цього наркотичного засобу збув шляхом неодноразових продажів. Такі дії ОСОБА 3 було кваліфіковано судом за частиною третьою статті 307 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи і дійшла висновку, що заява підлягає задоволенню з огляду на таке.

Згідно зі статтею 400^{11} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 р.) Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 р. підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду даної справи є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо кваліфікації послідовно вчинених альтернативних діянь, зазначених у диспозиції статті 307 КК.

Висновок про правозастосування у цьому питанні сформовано в постанові

Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року щодо ОСОБА 4. (справа № 5-30 кс 12).

Відповідно до зазначеного висновку, якщо у винної особи був єдиний умисел щодо незаконного виготовлення, зберігання та збуту наркотичного засобу в особливо великому розмірі, вчинені нею діяння щодо одного й того ж предмета злочину, без значного розриву в часі, належить розглядати як єдиний (одиничний) злочин, який має кваліфікуватися за частиною третьою статті 307 КК. При цьому злочин слід вважати закінченим за виконаними діями, а незавершена дія окремої кваліфікації не потребує.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що ОСОБА 1 незаконно виготовив і зберігав з метою збуту наркотичний засіб в особливо великих розмірах та протягом нетривалого проміжку часу шляхом часткових продажів розпочав його збут, але не завершив.

Такі обставини дають підстави для висновку, що дії ОСОБА 1 охоплювалися єдиним умислом, а відтак, усупереч висновку касаційного суду, не утворюють сукупності злочинів і мають розглядатися як єдиний одиничний злочин.

Навпроти, в судовому рішенні, наданому для порівняння, за схожих обставин подібні суспільно небезпечні діяння кваліфіковані касаційним судом за частиною третьою статті 307 КК як одиничний злочин.

Зіставлення правових висновків оскарженого та порівнюваного судових рішень свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

З огляду на те, що Верховний Суд України, встановивши помилковість висновків суду касаційної інстанції, процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, оскільки це є неможливим без втручання в судові рішення нижчестоящих судів, перегляд яких законом обмежено, найприйнятніший спосіб захисту порушеного права вбачається у відновленні касаційного провадження у справі, за наслідками якого має бути усунуто неправильне застосування норми кримінального закону.

Тому ухвала касаційного суду щодо ОСОБА 1 підлягає скасуванню, а справа направленню на новий касаційний розгляд.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-22 КПК 1960 р., Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 лютого 2013 року щодо ОСОБА 1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі,

передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

13. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ АВТОРИТЕТУ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ, ОБ'ЄДНАНЬ ГРОМАДЯН ТА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТІВ

Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів

Постанова
Пленуму Верховного Суду
від 26 червня 1992 року № 8
(Із змінами, внесеними Згідно з Постановою Пленуму Верховного Суду № 12 (v0012700-97) від 03 грудня 1997 року)

Зміцнення законності та правопорядку значною мірою залежить від діяльності судів, органів прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки та інших правоохоронних органів по захисту життя, здоров'я, гідності, прав і свобод громадян, державного суверенітету та конституційного ладу України від протиправних посягань. *(Абзац перший преамбули із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Необхідною умовою здійснення цих завдань є надійний правовий захист суддів і працівників правоохоронних органів. *(Абзац другий преамбули із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

В застосуванні законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів, виникли питання, що потребують роз'яснення. *(Абзац третій преамбули із змінами, внесеними Згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Пленум Верховного Суду України

постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що точне та неухильне додержання законодавства, яке передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів, членів громадських формувань з охорони громадського порядку та військовослужбовців, пов'язані з їх діяльністю, сприяє успішному виконанню покладених на них обов'язків. *(Пункт 1 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

2. При розгляді кримінальних справ даної категорії суди повинні перевіряти виконання органами попереднього слідства вимог закону про всебічність, повноту та об'єктивність досліджень обставин справи.

У випадках неповноти попереднього слідства, яка не може бути усунута в судовому засіданні, встановлення порушень прав обвинуваченого на захист та інших істотних порушень вимог кримінально-процесуального закону справа підлягає поверненню на додаткове розслідування.

3. Судам необхідно мати на увазі, що відповідальність за статтями 188-1, 189-1 - 189-5, 190-1 КК (2002-05) та статями 185 і 185-7 КпАП (80731-10) настає лише за дії, вчинені винним у зв'язку з виконанням суддею, працівником правоохоронного органу службових обов'язків, а так само у зв'язку з діяльністю члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця, пов'язаною з охороною громадського порядку.

(Абзац перший пункту 3 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Якщо дії притягнутої до відповідальності особи були реакцією на незаконні діяння судді, працівника правоохоронного органу, члена громадських формувань з охорони громадського порядку чи військовослужбовця або викликані особистими неприязними стосунками, не пов'язаними з виконанням потерпілим своїх обов'язків, вчинене, за наявності для цього підстав, потрібно кваліфікувати як злочин проти особи або власності. *(Абзац другий пункту 3 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

4. Правомірне застосування працівником міліції, членом громадських формувань з охорони громадського порядку, військовослужбовцем до правопорушника фізичного впливу, спеціальних засобів або зброї виключає відповідальність за заподіяння шкоди. *(Пункт 4 із змінами, внесеними Згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

5. Звернути увагу судів, що, крім судді, військовослужбовця та члена громадського формування з охорони громадського порядку, потерпілими у справах про злочини, передбачені статтями 189-1, 189-2, 189-4, 189-5, 190-1 КК (2002-05), можуть бути також працівники правоохоронних органів, до яких згідно з приміткою до ст.190-1 КК належать особи, зазначені в ч.1 ст.2 Закону України від 23 грудня 1993 р. "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів" (3781-12). Це працівники органів прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, митних органів, органів охорони державного кордону, державної податкової адміністрації, державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інших органів, які здійснюють правозастосовчі або правоохоронні функції. *(Абзац перший пункту 5 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Судам слід мати на увазі, що в таких випадках працівники правоохоронних органів та військовослужбовці можуть визнаватись потерпілими не тільки тоді, коли вони виконували свої службові обов'язки, перебуваючи безпосередньо на службі, та коли застосовували заходи по охороні правопорядку у відповідності зі своїми службовими обов'язками, за наказом чи розпорядженням, а й тоді, коли вони вжили зазначених заходів в межах своїх повноважень з власної ініціативи (наприклад, перепиняли

правопорушення у неробочий час). *(Абзац другий пункту 5 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Крім того, в передбачених законом випадках потерпілими можуть бути близькі родичі судді і працівника правоохоронного органу. Згідно з приміткою до ст.190-1 КК до близьких родичів, про яких йдеться у статтях 123-1, 176-2, 189-2, 189-4, 189-5 і 190-1 КК, належать особи, зазначені в ч.2 ст. 2 Закону України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів": батьки, дружина (чоловік), діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки. *(Абзац третій пункту 5 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Посягання, вчинені на технічних працівників, секретарів, прибиральниць та інших осіб, робота яких не пов'язана із правозастосовчими або правоохоронними функціями правоохоронних органів, потрібно кваліфікувати за статтями Кримінального кодексу (2001-05, 2002-05), які передбачають відповідальність за злочини проти особи, власності тощо. *(Абзац четвертий пункту 5 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

6. При кваліфікації протиправних дій судам слід відрізняти злочини, вчинені щодо працівників міліції, членів громадських формувань з охорони громадського порядку та військовослужбовців при виконанні ними обов'язків по охороні громадського порядку, від злочинів, вчинених щодо працівників правоохоронних органів у зв'язку з виконанням ними інших службових обов'язків. *(Абзац перший пункту 6 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Під виконанням обов'язків по охороні громадського порядку слід розуміти: несення постової чи патрульної служби, підтримання порядку під час демонстрацій, мітингів, інших масових заходів, при ліквідації наслідків аварії, стихійного лиха, дії по припиненнюабозапобіганню порушень громадського порядку, затриманню порушника тощо. *(Абзац другий пункту 6 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Відповідальність за злочини, передбачені статями 189-1 - 189-5, 190 Кримінального кодексу (2002-05), настає як за дії, вчинені щодо потерпілого під час безпосереднього виконання ним службових обов'язків, так і в інший час (наприклад, як помста за службову діяльність потерпілого в минулому). *(Абзац третій пункту 6 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

7. Виходячи зі змісту ст.185-7 Кодексу України про адміністративні правопорушення (80731-10), публічними є заклики у будь-якій формі до громадян або хоча б до однієї особи, але в присутності інших громадян, з пропозицією чи проханням не виконувати розпорядження або вимогу працівника міліції у зв'язку з виконанням ним обов'язків по охороні громадського порядку. За цією статтею також повинні кваліфікуватись дії, що пов'язані з поширенням завідомо неправдивих відомостей з метою провокації

непокори законній вимозі працівника міліції, якщо вони призвели до порушення громадського порядку.

Згідно зі ст.185 Кодексу України про адміністративні правопорушення злісною непокорою є відмова від виконання наполегливих, неодноразово повторених законних вимог чи розпоряджень працівника міліції при виконанні ним службових обов'язків, члена громадських формувань з охорони громадського порядку чи військовослужбовця у зв'язку з їх участю в охороні громадського порядку або відмова, виражена в зухвалій формі, що свідчить про явну зневагу до осіб, які охороняють громадський порядок. *(Абзац другий пункту 7 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Слід також мати на увазі, що адміністративна відповідальність за названою статтею настає при відсутності застосування фізичної сили з боку винної особи.

8. На відміну від злісної непокори, передбаченої ст.185 Кодексу України про адміністративні правопорушення, вчинення опору полягає в активній фізичній протидії здійсненню працівником міліції, членом громадських формувань з охорони громадського порядку, військовослужбовцем обов'язку по охороні громадського порядку. Такі дії утворюють склад злочину, передбачений ст.188-1 Кримінального кодексу (2002-05). *(Абзац перший пункту 8 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (0012700-97) від 03.12.97)*

За цією статтею має нести відповідальність не лише безпосередньо правопорушник, але й інша особа, яка активно перешкоджала працівнику міліції, члену громадських формувань з охорони громадського порядку, військовослужбовцю виконувати покладені на них обов'язки по охороні громадського порядку *(Абзац другий пункту 8 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Опір, не поєднаний з насильством чи погрозою його застосування, якщо він перешкодив працівникові міліції запобігти злочину чи затримати особу, яка його вчинила, утворює окремий склад злочину, передбачений ч.2 ст.189-3 КК (2002-05). *(Абзац третій пункту 8 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 2 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Поєднаний з насильством або погрозою застосування насильства опір військовослужбовцю або члену громадських формувань з охорони громадського порядку, що перешкодив запопігти злочину чи затримати злочинця, охоплюється складом злочину, передбаченого ч.2 ст.188-1 Кримінального кодексу. *(Абзац четвертий пункту 8 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Насильство, застосоване щодо працівника міліції, члена громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовця при опорі їм під час виконання ними обов'язків щодо охорони громадського порядку, може полягати в умисному нанесенні ударів, побоїв, тілесних ушкоджень. Заподіяння легких тілесних ушкоджень і тілесних ушкоджень середньої тяжкості члену громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовцю, який не є працівником правоохоронного органу,

охоплюється диспозицією ч.2 ст.188-1 КК. Якщо ж при опорі працівникові міліції чи військовослужбовцю, який одночасно є працівником правоохоронного органу, було нанесено удари, побої чи заподіяно легке, середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження, вчинене необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч.2 ст.188-1 та ч.1 чи 2 ст.189-4 цього Кодексу.*(Абзац п'ятий пункту 8 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Погроза застосування насильства під час вчинення опору полягає у висловлюваннях або діях про наміри винної особи застосувати насильство до працівника міліції, члена громадських формувань з охорони громадського порядку чи військовослужбовця при виконанні ними обов'язків по охороні громадського порядку.

Погроза насильством щодо працівника міліції у зв'язку з виконанням ним інших службових обов'язків тягне відповідальність за ст.189-2 Кримінального кодексу. *(Абзац шостий пункту 8 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

9. Судам слід мати на увазі, що відповідальність за ст.189-1 КК настає лише у випадку, коли образа нанесена працівникові правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, а члену громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовцю – у зв'язку з їх діяльністю по охороні громадського порядку.*(Абзац перший пункту 9 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Під бразою слід розуміти такі нецензурні чи брутальні висловлювання, непристойні жести та інші аналогічні дії, вчинені щодо працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, а щодо члена громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовця – у зв'язку з їх діяльністю по охороні громадського порядку, які принижують честь і гідність зазначених осіб. Образою слід визнавати і непристойну оцінку особистих якостей або поведінки цих осіб. *(Абзац другий пункту 9 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Не є образою в розумінні ст.189-1 КК безадресна нецензурна лайка в присутності працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовця. Такі дії, за наявності відповідних підстав, слід кваліфікувати як хуліганство. *(Абзац третій пункту 9 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

10. Роз'яснити судам, що для кваліфікації дії винної особи за ст.189-2 Кримінального кодексу достатньо встановити лише факт погрози працівнику правоохоронного органу бо його близьким родичам у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків. Погроза може виявлятися у висловлюванні (усно, письмово, із застосуванням технічних засобів), а також жестах або інших діях, за допомогою яких винний залякує потерпілого вчиненням вбивства, застосуванням до нього насильства чи знищенням його майна. На відміну від

ст.100 Кримінального кодексу (2001-05) для кваліфікації дій за ст.189-2 цього Кодексу наявність реальних підстав побоювання потерпілим виконання погроз не є обов'язковою. *(Абзац перший пункту 10 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Під погрозою насильством слід розуміти погрозу заподіяння потерпілому побоїв чи тілесних ушкоджень. Як погрозу знищення майна слід кваліфікувати погрозу знищити будь-яке майно повністю або його частину.

Посягання на життя, здоров'я та власність працівника правоохоронного органу або його близьких родичів, скоєне безпосередньо після погрози вчинити такі дії, не потребує додаткової кваліфікації за ст.189-2 Кримінального кодексу.

11. За змістом ст.189-3 Кримінального кодексу під втручанням у діяльність працівника прокуратури, органу внутрішніх справ, служби безпеки слід розуміти конкретні дії, спрямовані на перешкоду у виконанні цим працівником службових обов'язків або на досягнення прийняття неправомірного рішення. Втручання може виявлятися в умовлянні, шантажуванні потерпілого, погрозі відмовити у наданні законних благ, а також у будь-якій іншій формі впливу.

При вирішенні питання про відповідальність за ст.189-3 Кримінального кодексу слід мати на увазі, що прохання, наприклад, батьків або інших родичів правопорушника про прийняття працівником правоохоронного органу рішення в інтересах цього правопорушника не утворює складу цього злочину.

Вплив на працівника правоохоронного органу шляхом захвату чи утримання заложниками його близького родича або співробітника охоплюється ч.5 ст.123-1 Кримінального кодексу (2001-05) і додаткової кваліфікації за ст.189 цього Кодексу не потребує.

Якщо втручання в діяльність працівника прокуратури, органу внутрішніх справ, служби безпеки поєднане з діями, передбаченими ч.2 ст.188-1, статтями 189-4, 189-5 або 190-1 КК, вчинене належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст.189-3 і зазначеними статтями Кримінального кодексу. *(Абзац четвертий пункту 11 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

Роз'яснити, що при кваліфікації дій за ч. 2 ст.189-3 Кримінального кодексу, за ознакою використання особою свого службового становища, судам слід виходити з того, що винна особа використовує права і повноваження, надані їй за посадою або у зв'язку з певною службовою діяльністю. Суб'єктами цього злочину можуть бути: особи, від яких потерпілий знаходиться у службовій залежності, представники влади, особи, від яких залежить фінансове, матеріально-технічне забезпечення органу, де працює потерпілий, а також медичне та інше обслуговування потерпілого чи його близьких родичів або вирішення побутових питань потерпілого тощо.

12. Суди повинні мати на увазі, що відповідальність за ч. 1 ст.189-4 КК настає при умисному заподіянні названим у цій статті особам середньої тяжкості або легких тілесних ушкоджень, а так само при нанесенні їм побоїв або вчиненні щодо них інших насильницьких дій, а за ч.2 цієї статті - при умисному заподіянні тяжких тілесних ушкоджень.

(Абзац перший пункту 12 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Якщо винний усвідомлював суспільно небезпечний характер побоїв або інших насильницьких дій, передбачав і бажав настання наслідків у вигляді тяжких тілесних ушкоджень, але ці наслідки не настали з причин, що не залежали від волі винного, вчинене необхідно розглядати як замах на злочин і кваліфікувати за ч. 2 ст.17 (2001-05), ч.2 ст.189-4 (2002-05) КК.

(Абзац другий пункту 12 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Звернути увагу судів на те, що настання смерті потерпілого через необережність винного диспозицією ст.189-4 КК не охоплюється, а тому, якщо зазначені в ч. 1 ст.189-4 КК дії призвели до смерті потерпілого, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених цією нормою і ст.98 КК. Якщо ж смерть потерпілого сталася внаслідок умисного заподіяння йому тяжкого тілесного ушкодження, вчинене необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст.189-4 та ч.3 ст.101 КК.

(Пункт 12 доповнений абзацом третім згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

13. Роз'яснити судам, що під знищенням майна, передбаченим ст.189-5 Кримінального кодексу, слід розуміти доведення його до повної непридатності для використання за цільовим призначенням. При пошкодженні майна настає погіршення його якості, зменшення цінності або приведення на деякий час у стан, непридатний для використання за цільовим призначенням.

Вирішуючи питання, чи є злочином умисне знищення або ошкодження майна, потрібно враховувати не тільки вартість і розмір майна в натуральному вигляді (вага, обсяг, кількість), а й значення знищеного чи пошкодженого майна для потерпілого.

Знищення малоцінного майна або незначне пошкодження майна, без кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 2 ст.189-5 Кримінального кодексу, у відповідності з ч.2 ст.7 Кримінального кодексу (2001-05) не є злочином.

Суд при вирішенні справи про цей злочин повинен встановити вартість знищеного майна, а так само розмір шкоди, коли майно було пошкоджено. Якщо для визначення вартості майна чи розміру заподіяної шкоди виникає потреба в спеціальних знаннях, суд має призначити відповідну експертизу.

За змістом ч.2 ст.189-5 Кримінального кодексу умисним знищенням або пошкодженням майна шляхом підпалу є знищення або пошкодження цього майна вогнем у випадках, коли створюється загроза життю чи здоров'ю людей або загроза заподіяння значної матеріальної шкоди як самому потерпілому, так і іншим особам.

Під іншим загальнонебезпечним способом знищення або пошкодження майна слід розуміти дії, небезпечні для життя і здоров'я людей, а також майна інших фізичних та юридичних осіб (наприклад, вибух, отруєння домашніх тварин та інше). Відповідальність за зазначені злочинні дії настає у випадку, коли винний передбачав, що він завдає чи може завдати фізичної шкоди людям, а так само може знищити або пошкодити майно інших фізичних чи юридичних

осіб, крім потерпілого, на майно якого вичинено посягання, чи міг і повинен був це передбачити.

(Абзац шостий пункту 13 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Судам слід мати на увазі, що злочин, передбачений ч. 2 ст.189-5 Кримінального кодексу, кваліфікується за ознакою спричинення людських жертв у разі, коли настала смерть хоча б однієї людини.

До інших тяжких наслідків, передбачених ч. 2 цієї статті, відноситься, зокрема, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень одній чи кільком особам, середньої тяжкості - двом або більше особам або заподіяння значної матеріальної шкоди кільком фізичним чи юридичним особам або заподіяння великої майнової шкоди одній юридичній чи фізичній особі (позбавлення притулку, їжі, одягу тощо).

(Абзац восьмий пункту 13 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

У разі, коли винний при вчиненні злочину, передбаченого ст.189-5 Кримінального кодексу, бажав чи свідомо допускав, що внаслідок його дій настане смерть або будуть спричинені тяжкі чи середньої тяжкості тілесні ушкодження як особам, зазначеним у цій статті, так і іншим особам, або ж буде заподіяна матеріальна шкода таким особам, скоєне, залежно від конкретних обставин, потрібно кваліфікувати за ч.2 ст.189-5 Кримінального кодексу та відповідними статтями цього Кодексу, що передбачають відповідальність за інші злочини проти порядку управління, особи чи власності.

Якщо психічне ставлення винного щодо людських жертв чи інших тяжких наслідків було необережним, вчинене слід кваліфікувати лише за ч.2 ст.189-5 Кримінального кодексу.

Суди повинні мати на увазі, що умисне знищення або пошкодження майна, яке належить працівнику правоохоронного органу, а так само його близьким родичам, у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, вчинене особою віком від 14 до 16 років шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом чи таке, що спричинило людські жертви або інші тяжкі наслідки, слід кваліфікувати за ч.2 ст.145 Кримінального кодексу.

14. Під посяганням на життя, передбаченим ст. 190-1 КК (2002-05), належить розуміти умисне вбивство або замах на умисне вбивство хоча б однієї із зазначених у цій статті осіб. Якщо такі дії вчинені у зв'язку з виконанням суддею або працівником правоохоронного органу службових обов'язків чи у зв'язку з діяльністю члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця, пов'язаною з охороною громадського порядку, вони кваліфікуються лише за ст.190-1 КК. *(Абзац перший пункту 14 в редакції постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)*

(Абзац другий пункту 14 виключений на підставі постанови Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Якщо цей злочин вчинено особою віком від 14 до 16 років, то залежно від наслідків його слід кваліфікувати за п."в" ст. 93 чи за ст. 17 та п."в" ст.93 Кримінального кодексу.

Замах на умисне вбивство осіб, зазначених у диспозиції ст.190-1 Кримінального кодексу, може бути вчинено тільки з прямим умислом.

(Абзац другий пункту 14 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

15. Звернути увагу судів на неприпустимість упередженого ставлення до показань потерпілих у справах даної категорії, а також їх невиправданої переоцінки. Показання цих осіб повинні оцінюватись у сукупності з усіма іншими дослідженими доказами.

16. При постановленні вироку суди зобов'язані дотримуватись вимог ст.323 Кримінально-процесуального кодексу (1003-05) про обгрунтування висновків лише на тих доказах, які були розглянуті в судовому засіданні, а також вживати заходів для з'ясування причин та умов, що сприяли вчиненню злочинів даної категорії, і реагувати на виявлені недоліки з метою їх усунення.

17. При розгляді справ про правопорушення, передбачені статтями 185 і 185-7 Кодексу України про адміністративні правопорушення (1002-05), судді зобов'язані перевіряти правильність складення протоколу про адміністративне правопорушення, наявність пояснень особи, яка притягається до відповідальності, та свідків правопорушення, даних, що характеризують цю особу, зокрема, чи притягалась вона раніше до адміністративної відповідальності протягом року. У разі відсутності зазначених даних матеріал підлягає поверненню органу внутрішніх справ для належного оформлення.

Звернути увагу суддів на необхідність суворого додержання вимог статей 245, 280, 283 Кодексу України про адміністративні правопорушення (1003-05), які зобов'язують до всебічного, повного та об'єктивного з'ясування обставин кожної справи, до встановлення обставин, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, до визначення розміру заподіяної шкоди та перевірки інших обставин, що мають значення для правильного вирішення справи, а також вимагають відображення цих обставин у постанові.

У мотивувальній частині постанови, поряд з поясненням притягнутої до відповідальності особи, необхідно наводити пояснення свідків, потерпілих, інші докази, що були досліджені у справі і покладені в основу прийнятого рішення.

Враховуючи, що стаття 185 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачає відповідальність як за злісну непокору законній вимозі працівника міліції, члена громадських формувань з охорони громадського порядку чи військовослужбовця, так і їх образу, суддя зобов'язаний зазначити в постанові, за які конкретно правопорушення на винного накладено адміністративне стягнення.

(Абзац четвертий пункту 17 із змінами, внесеними згідно з постановою Пленуму Верховного Суду N 12 (v0012700-97) від 03.12.97)

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладений у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 квітня 2013 року у справі № 5-4кс13

(рішення про правильну кваліфікацію самовільного присвоєння владних повноважень)

Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи утворює склад злочину, передбаченого статтею 353 КК, лише тоді, коли воно поєднане із вчиненням будь-яких суспільно небезпечних діянь.

Під самовільним присвоєнням владних повноважень треба розуміти дії приватної особи, яка шляхом обману інших осіб видає себе за конкретну службову особу і використовує це з метою впливу на потерпілого для досягнення власних інтересів. При цьому законодавець не конкретизує способів, за яких винною особою здійснюється присвоєння владних повноважень або звання службової особи, тобто ці способи можуть бути доволі різноманітними, зокрема й у вигляді усного повідомлення про наявність владних повноважень іншим особам.

(Витяг)

Вироком Франківського районного суду міста Львова від 20 грудня 2011 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною другою статті 190 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк три роки; статтею 353 КК до обмеження волі на строк два роки, а на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк три роки.

ОСОБА_1.1 визнано винним у тому, що він самовільно присвоїв владні повноваження працівника УБОЗу ГУ МВС України у Львівській області з метою заволодіння чужим майном шляхом обману. Для цього він представлявся потерпілим працівником міліції, запевняв їх у можливості вирішення їхніх питань із використанням нібито його повноважень працівника міліції і під впливом цього обману протягом січня – листопада 2010 року у м. Львові почергово заволодів грошима громадян: ОСОБА_2 в сумі 500 доларів США, ОСОБА_3 та ОСОБА_4 – по 800 грн, ОСОБА_5 – 15 000 грн, ОСОБА_6 – 1200 грн, ОСОБА_7 – 1800 грн, ОСОБА_8 – 7 500 грн, ОСОБА_9 – 1000 грн, ОСОБА_10 – 440 грн, ОСОБА_11 – 700 грн, ОСОБА_12 – 200 доларів США, ОСОБА_13 – 100 доларів США, ОСОБА_14 та ОСОБА_15 – по 8000 грн, ОСОБА_16 – 6500 грн, ОСОБА_17 – 7000 грн, завдавши кожному з них матеріальної шкоди на відповідну суму.

Апеляційний суд Львівської області ухвалою від 12 лютого 2012 року цей вирок у частині кваліфікації злочинів, інкримінованих ОСОБА_1.1, та визначений йому вид покарання залишив без зміни.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 25 жовтня 2012 року зазначені судові рішення щодо ОСОБА_1.1 залишила без зміни.

У заявах про перегляд ухвали касаційної інстанції ОСОБА_1.1, посилаючись на неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, стверджує, що його дії неправильно кваліфіковано за статтею 353 КК, оскільки, представляючись потерпілим працівником правоохоронного органу, він не надавав їм ніяких документів, які б це підтверджували, не вдягав формений одяг такого працівника, не називав конкретного звання працівника міліції. На думку заявника, словесне представлення себе працівником міліції без реальних дій на підтвердження своїх слів і за відсутності способу їх підтвердження повинно розцінюватись як таке, що не містить ознак злочину, передбаченого статтею 353 КК.

На обґрунтування цих тверджень засуджений надав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 березня 2008 року, якою вирок Червоногвардійського районного суду м. Макіївки Донецької області від 18 січня 2006 року та ухвалу апеляційного суду Донецької області від 21 березня 2006 року щодо ОСОБА_1 у частині його засудження за статтею 353 КК скасовано, а справу у цій частині закрито за відсутністю в діях складу злочину.

Своє рішення касаційна інстанція обґрунтувала тим, що суд, визнавши винним ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого статтею 353 КК, не встановив та не вказав у своєму рішенні, в який спосіб ця особа незаконно представлялася потерпілим працівником міліції, зокрема, чи надавала підроблені або чужі документи, що належать службовій особі, чи називала конкретне звання працівника міліції, чи використовувала формений одяг працівника влади і не вчиняла інших, подібних за змістом дій.

Проаналізувавши ці обставини, Верховний Суд України дійшов висновку про те, що словесне представлення себе працівником міліції без реальних дій на підтвердження своїх слів і за відсутності способу їх підтвердження, може розцінюватися як фарс, обман і водночас виключає можливість кваліфікації цих дій за статтею 353 КК.

Крім цього, у своїх заявах ОСОБА_1.1 зазначає про неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону, зокрема частини другої статті 190 КК, посилаючись при цьому на ухвали Верховного Суду України від 24 квітня 2012 року та 30 жовтня 2008 року, а також вказує на порушення касаційним судом його права на правову допомогу, підтвердженням чого є, на його думку, висновки ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 липня 2012 року.

На підставі наведеного ОСОБА_1.1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника про необхідність задоволення заяви з наведених у ній підстав, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю неоднаковості у правозастосуванні, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, зазначені у заяві, і дійшли такого висновку.

Із долучених до заяви судових рішень убачається, що ОСОБА_1.1 визнано винним у самовільному присвоєнні владних повноважень та заволодінні чужим майном шляхом обману та зловживання довірою (шахрайстві), вчиненому повторно, та засуджено відповідно до статті 353 частини другої статті 190 КК.

Аналіз диспозиції статті 353 КК (у редакції закону, що діяла на момент вчинення злочину) свідчить про те, що об'єктивну сторону цього діяння утворює сукупність двох взаємопов'язаних ознак: 1) самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи; 2) вчинення особою, яка присвоїла такі повноваження чи звання, суспільно небезпечного діяння.

Отже, самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи утворює склад злочину, передбаченого статтею 353 КК, лише тоді, коли воно поєднане зі вчиненням будь-яких суспільно небезпечних діянь.

Згідно з нормативним тлумаченням, під самовільним присвоєнням владних повноважень треба розуміти дії приватної особи, яка шляхом обману інших осіб видає себе за конкретну службову особу і використовує це з метою впливу на потерпілого для досягнення власних інтересів. При цьому законодавець не конкретизує способів, за яких винною особою здійснюється присвоєння владних повноважень або звання службової особи, тобто ці способи можуть бути доволі різноманітними, зокрема й у вигляді усного повідомлення про наявність владних повноважень іншим особам.

Наведене свідчить, що посилання засудженого ОСОБА_1.1 на те, що усне повідомлення потерпілим про нібито його належність до працівників УБОЗу без реального підтвердження цього статусу не утворює складу злочину, передбаченого статтею 353 КК, є безпідставними.

Із встановлених судом фактичних обставин справи вбачається, що метою злочинної поведінки ОСОБА_1.1 було заволодіння чужим майном. Механізм (спосіб) досягнення цієї мети полягав у тому, що ОСОБА_1.1 самовільно присвоїв собі звання працівника міліції, представлявся таким потерпілим і в поєднанні з обманом щодо наявності в нього можливостей вирішити їхні питання, досяг задуманого.

Ураховуючи наведене, в оспорюваному рішенні суд касаційної інстанції дійшов правильного висновку про наявність у діях ОСОБА_1.1 ознак складу злочину, передбаченого статтею 353 КК, оскільки це діяння він учинив у поєднанні з інкримінованим йому шахрайством.

У порівняному судовому рішенні касаційної інстанції щодо ОСОБА 1 (ухвала Верховного Суду України від 25 березня 2008 року), на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм кримінального закону, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри подібність із фактичними

обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1.1, отримало інакшу кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норм кримінального закону відповідно до пункту першого частини першої статті 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК) перебувають за межами предмета перегляду, у зв'язку із чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цього рішення. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівняному рішенні касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування кримінального закону.

Щодо викладених у заяві ОСОБА_1.1 посилань на неоднакове застосування судом касаційної інстанції частини другої статті 190 КК та порушення права на правову допомогу Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку про те, що вони не є предметом розгляду, оскільки у цій частині справа щодо ОСОБА_1.1 на підставі рішення суду – ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 лютого 2013 року не була допущена до провадження Верховного Суду України.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви ОСОБА_1.1 про перегляд постановленої щодо нього ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова
Верховного Суду України від 6 лютого 2012 року
у справі № 5-29кс11
(рішення про правильну кваліфікацію самоправства)

Норма статті 356 Кримінального кодексу України, правильність застосування якої заперечується у заяві винуватої, встановлена з метою упередити (застерегти), заборонити вчинення самоправних (на власний розсуд), усупереч установленому законом порядку, будь-яких дій проти прав та охоронюваних законом інтересів окремого громадянина або підприємства, установи чи організації, які оспорюють правомірність таких дій. У разі скоєння зазначених дій і, якщо ними було завдано значної шкоди інтересам громадян або державним чи громадським інтересам або

інтересам власника, то для особи, яка вчинила такі дії, настає кримінальна відповідальність.

У кримінальній справі, у якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що засуджена, за викладених у вироку обставин, вдалася до самоправних дій, які в кінцевому підсумку призвели до спричинення потерпілому значної шкоди.

(Витяг)

Вироком Дарницького районного суду міста Києва від 26 квітня 2010 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, уродженку та мешканку міста ІНФОРМАЦІЯ_2, громадянку України, таку, що немає судимості, засуджено за статтею 356 Кримінального кодексу України до штрафу у розмірі 50-ти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 850 грн.

Постановлено стягнути з ОСОБА_1 на користь ОСОБА_2 11 417 грн. 62 коп. та 10 000 грн. на відшкодування матеріальної та моральної шкоди відповідно.

ОСОБА_1 визнано винною у тому, що вона самовільно, всупереч установленому законом порядку, виселила (фізично витіснила) ОСОБА_2 із приміщення, яке він орендував у ОСОБА_1, за таких обставин.

1 листопада 2008 року між ОСОБА_1 (орендодавцем) та ОСОБА_2 (орендарем) було укладено договір оренди приміщення загальною площею 20 м^2, розташованого за адресою: АДРЕСА_1, для здійснення орендарем роздрібної торгівлі продуктами харчування строком на три роки.

8 липня 2009 року приблизно о 12-ій год. засуджена разом зі своїм чоловіком ОСОБА_3, знайомим ОСОБА_4 та іншими невстановленими особами прибули до орендованого ОСОБА_2 приміщення, де вона, не дотримавшись установленого законом порядку дострокового розірвання договору, висунула ОСОБА_2 вимогу негайно звільнити це приміщення. Оскільки орендар відмовився виконати цю вимогу, ОСОБА_1 самовільно, всупереч вимогам закону, виселила (фізично витіснила) ОСОБА_2 з орендованого ним приміщення та змінила замок на вхідних дверях.

Унаслідок цих протиправних дій потерпілий ОСОБА_2 був позбавлений можливості займатися підприємницькою діяльністю та зазнав шкоди від втрати доступу до майна, що знаходилося у найманому приміщенні, на загальну суму 11 417 грн. 62 коп.

Ухвалою апеляційного суду міста Києва від 8 липня 2010 року вирок залишено без зміни.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України ухвалою від 14 червня 2011 року змінила вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1 і зменшила розмір відшкодування моральної шкоди на користь ОСОБА_2 до 3 000 гривень. У решті судові рішення залишила без зміни.

У заяві про перегляд судових рішень Верховним Судом України ОСОБА_1 зазначила, що суди касаційної інстанції неоднаково застосували одні й ті самі норми кримінального закону щодо суспільно небезпечних діянь, подібних до

одного з тих, що був предметом судового розгляду у кримінальній справі про обвинувачення її у злочині, передбаченому статтею 356 Кримінального кодексу України(«Самоправство»).

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 6 грудня 2011 року допустив кримінальну справу щодо ОСОБА_1 до провадження Верховного Суду України з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Суддя Верховного Суду України ухвалою від 16 грудня 2011 року, відповідно до частини 1 статті 400[19] Кримінально-процесуального кодексу України, відкрив провадження у справі для розгляду її Верховним Судом України.

Відповідно до вимог частини 2 статті 400[19] Кримінально-процесуального кодексу України, була здійснена підготовка до розгляду справи, після якої суддя Верховного Суду України ухвалою від 18 січня 2012 року призначив кримінальну справу щодо ОСОБА_1 до розгляду.

Заслухавши доповідь судді-доповідача, міркування заступника Генерального прокурора України Ю.В. Ударцова про необхідність прийняття рішення про відмову у задоволенні заяви з огляду на безпідставність її доводів, перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговоривши доводи заяви, Верховний Суд України дійшов висновку про таке.

Норма статті 356 Кримінального кодексу України, правильність застосування якої заперечується у заяві ОСОБА_1, встановлена з метою упередити (застерегти), заборонити вчинення самоправних (на власний розсуд), усупереч установленому законом порядку, будь-яких дій проти прав та охоронюваних законом інтересів окремого громадянина або підприємства, установи чи організації, які оспорюють правомірність таких дій. У разі скоєння таких дій і, якщо ними було завдано значної шкоди інтересам громадян або державним чи громадським інтересам або інтересам власника, то для особи, що вчинила такі дії, настає кримінальна відповідальність.

У кримінальній справі, у якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що засуджена ОСОБА_1, за викладених у вироку обставин, вдалася до самоправних дій, які в кінцевому підсумку призвели до спричинення потерпілому ОСОБА_2 значної шкоди.

У кримінальній справі, в якій, на думку заявниці, правильно застосовано норму статті 356 Кримінального кодексу України, обвинувачення, що було висунуто проти ОСОБА_5, зводились до того, що ОСОБА_5 як спадкоємець гаражу, який знаходився на території гаражного кооперативу, в складі комісії, до якої входили працівник місцевого підрозділу ДАІ, дільничний інспектор та декілька членів кооперативу, викотила з гаражу автомобіль ОСОБА_6, склала акт про фактично вчинені дії, перемістила автомобіль на майданчик біля розташування охорони території гаражного кооперативу й залишила там на зберігання. Пізніше ОСОБА_6 забрав звідти свій автомобіль. Інше майно з автомобіля чи гаражу не вилучалося.

Оскільки у тій справі негативні наслідки для інтересів власника автомобіля не настали, суд першої інстанції виправдав ОСОБА_5. Із цим рішенням суду погодилися апеляційна та касаційна інстанції, які переглядали його за відповідними процесуальними скаргами потерпілого ОСОБА_6.

Зіставлення (порівняння) фактичних обстави зазначених кримінальних справ дає можливість зробити висновок, що хоча ці обставини за зовнішнім проявом до певної міри чимось схожі між собою, й попри те, що до них була застосована одна й та ж норма кримінального закону, проте вони різні (неоднакові) за своїм змістом, дійсним перебігом подій та, що головне, за їх наслідками. Ця несхожість не викликала різного застосування чи тлумачення кримінального закону, а звідси — не зумовлює необхідності втручатися в оспорене судове рішення, а саме визнавати його незаконним, наводити обґрунтування його помилковості та ухвалювати нове судове рішення.

З огляду на наведене, заява ОСОБА_1 не підлягає задоволенню.

Також ОСОБА_1 у своїй заяві заперечує фактичні обставини справи, зокрема, стосовно доведеності інкримінованих їй злочинних наслідків; вважає висновки суду в цій частині необґрунтованими. З урахуванням зазначених у заяві мотивів просить перевірити докази і дати їм відповідну правову оцінку.

Згідно з пунктом 1 частини 1 статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України, Верховний Суд України вправі переглядати судові рішення та, за наявності для цього підстав, втручатися в них у випадку, коли має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Зазначені в заяві твердження не стосуються (виходять за межі) визначеного законом предмета перегляду судових рішень, а тому не можуть слугувати підставами для їх зміни чи скасування.

Керуючись статтями 400^{21}, 400^{23}, 400^{24} Кримінально-процесуального кодексу України, Верховний Суд України

постановив:

відмовити в задоволенні заяви ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова
Верховного Суду України від 20 червня 2011 року
у справі № 5-8к11

(рішення про правильний висновок суду: незаконне заволодіння платіжними картками не утворює складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 КК)

За своїм юридичним значенням (правовим режимом) та функціональним призначенням «платіжні картки як платіжні інструменти

засоби доступу до банківських рахунків»[1] повністю відповідають визначенню поняття «офіційний документ» і є різновидом офіційних документів, а тому за певних умов можуть виступати предметом злочинів, склади яких передбачені ч.ч. 1, 2 ст. 357 Кримінального кодексу України.

Водночас під поняттям «інших важливих особистих документів» як предмета злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, розуміються документи, які засвідчують важливі факти і події в житті людини, втрата яких істотно утруднює реалізацію її прав, свобод і законних інтересів та потребує значних зусиль для їх поновлення (зокрема, такими документами визнаються свідоцтво про народження, про шлюб, про народження дитини, про смерть, військовий квиток, трудова книжка, посвідчення водія, посвідчення про державні нагороди чи присвоєння почесних звань, диплом про закінчення вищого навчального закладу освіти, довідка про ідентифікаційний номер, пенсійне посвідчення тощо). При цьому поняття «важливості» документа для певної людини є оціночним і підлягає встановленню в кожній конкретній кримінальній справі за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України.

З матеріалів кримінальної справи щодо винуватого убачається, що органи досудового слідства і суд визнавши «платіжні картки пластикові банківські картки»[2] «Кредитпромбанку» та «Приватбанку» на імя ОСОБА_2 важливими особистими документами потерпілої, не навели ніяких доводів на підтвердження, що ці документи були особистими та важливими для потерпілої.

(Витяг)

Вироком Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 17 травня 2010 року ОСОБА_1 , ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, уродженця та мешканця АДРЕСА_1, громадянина України, раніше не судимого, засуджено: за ч.1 ст. 186 Кримінального кодексу України на 1 рік позбавлення волі; за ч.3 ст. 357 Кримінального кодексу України до арешту строком на 20 днів.

На підставі ч. 1 ст. 70 Кримінального кодексу України за сукупністю цих злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на 1 (один) рік.

На підставі ст.ст. 75, 104 Кримінального кодексу України ОСОБА_1 звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на 1 рік з покладенням на нього обовязку повідомляти органи кримінально-виконавчої інспекції про зміну місця проживання, не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу кримінально-виконавчої інспекції та періодично зявлятися до неї для реєстрації.

ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено за вчинення таких злочинів.

05 лютого 2010 року близько 6 год. 30 хв. ОСОБА_1, маючи умисел на відкрите заволодіння чужим майном, біля будинку №32 по вул. Соціалістичній

[1] Текст наведено в редакції суду.

[2] Збережена редакція суду.

в м. Красноармійську вирвав з рук раніше йому не знайомої ОСОБА_2 жіночу сумку, в якій знаходились її особисті речі, гроші, а також документи на її ім'я: паспорт, довідка про ідентифікаційний код, пенсійне посвідчення та дві пластикові картки «Кредитпромбанку» та «Приватбанку». З викраденим ОСОБА_1 втік, завдавши потерпілій ОСОБА_2 матеріальну шкоду на суму 615 гривень.

Цього ж дня близько 6 год. 50 хв. ОСОБА_1, перебуваючи в районі автобусної зупинки «Кільце» по вул. Дніпропетровській у м.Красноармійську, при огляді вмісту викраденої ним сумки виявив дві пластикові картки «Кредитпромбанку» та «Приватбанку» на імя ОСОБА_2 та конверт із пін-кодами до них та, усвідомлюючи, що ці картки є важливими особистими документами ОСОБА_2, незаконно заволодів ними з метою зняття грошових коштів, що перебували на рахунках за цими картками.

У апеляційному порядку вирок щодо ОСОБА_1 не переглядався.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року задоволено касаційне подання прокурора, в якому порушувалось питання про відсутність у діях ОСОБА_1 складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, й вирок щодо ОСОБА_1 змінено: в частині його засудження за ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України справу закрито за відсутністю в його діях складу злочину; виключено з вироку призначення ОСОБА_1 на підставі ч.1 ст. 70 Кримінального кодексу України покарання за сукупністю злочинів й постановлено вважати ОСОБА_1 засудженим за ч. 1 ст. 186 Кримінального кодексу України до покарання, призначеного судом першої інстанції у виді позбавлення волі на строк 1 рік, та на підставі ст.ст. 75, 104 Кримінального кодексу України звільненим від відбування цього покарання з випробуванням з іспитовим строком 1 рік з покладенням на ОСОБА_1 обовязків, передбачених п. п. 2-4 ч. 1 ст. 76 Кримінального кодексу України, а у решті вирок залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року допущено до провадження Верховного Суду України кримінальну справу щодо ОСОБА_1 за заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд винесеної у цій справі ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року.

У заяві заступник Генерального прокурора України зазначає, що суд касаційної інстанції при розгляді справи щодо ОСОБА_1 неправильно застосував кримінальний закон, дійшовши помилкового висновку про відсутність в діях засудженого складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України. Вважає, що в діях ОСОБА_1 наявний склад зазначеного злочину, оскільки він незаконно заволодів платіжними картками, які є важливими особистими документами ОСОБА_2

Свою заяву заступник Генерального прокурора України мотивує тим, що платіжні картки, з огляду на положення Закону України «Про інформацію» від

02 жовтня 1992 року № 2657-ХП, Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05 квітня 2001 року №2346-Ш, п.1 ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року № 851-1У, «Положення про міжбанківські розрахунки», затвердженого постановою Правління Національного банку України від 08 жовтня 1998 року № 414, і статті 200 Кримінального кодексу України, є електронними платіжними документами, тобто предметом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, а тому є невірним висновок суду касаційної інстанції по справі ОСОБА_1, що ці платіжні картки не є особистими важливими документами.

Як на підставу для перегляду ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року щодо ОСОБА_1 прокурор посилається на неоднакове застосування судом касаційної інстанції ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

На обґрунтування заяви ним надано копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 01 квітня 2008 року щодо ОСОБА_3 , засудженого вироком Овруцького районного суду Житомирської області від 29 січня 2007 року за ч. 1 ст. 185, ч.3 ст.357 Кримінального кодексу України, в якій суд касаційної інстанції з посиланням на те, що платіжна картка є важливим особистим документом, відмовив у задоволенні касаційного подання прокурора про скасування вироку щодо ОСОБА_3 в частині засудження за ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України і закриття кримінальної справи за відсутністю в діях засудженого, повязаних з незаконним заволодінням банківськими платіжними картками ОСОБА_4, складу зазначеного злочину.

З огляду на викладене, заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року щодо ОСОБА_1, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Заслухавши доповідь судді-доповідача, пояснення заступника Генерального прокурора України, який підтримав доводи заяви про перегляд винесеної в справі щодо ОСОБА_1 ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року, перевіривши матеріали справи та обговоривши доводи заяви та наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, Верховний Суд України вважає, що заява задоволенню не підлягає з таких підстав.

Предметом злочину, передбаченого ст. 357 Кримінального кодексу України, виступають штампи, печатки та офіційні документи (ч. 1 ст. 357), в тому числі особливо важливі документи (ч. 2 ст. 357), а також паспорт або інші важливі особисті документи людини (ч. 3 ст. 357).

Загальне визначення поняття «офіційний документ» надано в примітці до ст. 358 Кримінального Кодексу України у редакції Закону України від 11

червня 2009 року, яка діяла з 01 січня до 05 січня 2011 року, та у редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» № 3207-У1 від 07 квітня 2011 року, який набере чинності з 01 липня 2011 року.

У диспозиції ч. 1 ст. 200 Кримінального кодексу України, яка передбачає відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, вжито формулювання, яке свідчить про те, що платіжні картки є різновидом засобів доступу до банківських рахунків.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про інформацію» № 2657-ХП від 02 жовтня 1992 року, п.п.1.4, 1.14, 1.27, 1.31 ст. 1, п. 15.2 ст. 15 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» № 2346-Ш від 05 квітня 2001 року, ч. 4 ст. 51 Закону України «Про банки та банківську діяльність» № 2121-Ш від 07 грудня 2000 року документом визнається будь-який матеріальний носій, що містить інформацію, функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі, а засобами доступу до банківських рахунків (платіжним інструментом) є засоби певної форми на паперовому, електронному чи іншому виді носія інформації, використання якого ініціює переказ грошей з відповідного рахунку. При цьому одним з видів доступу до банківських рахунків є спеціальні платіжні засоби (платіжні картки тощо), які являють собою емітовані в установленому законодавством порядку пластикові чи іншого виду картки, що використовуються для ініціювання переказу коштів з рахунку платника або банку, а також для здійснення інших операцій, передбачених відповідним договором. Платіжні картки є власністю емітента (банка) і надаються ним відповідно до умов договору клієнту, в тому числі і фізичній особі держателю спеціального платіжного засобу, який на законних підставах використовує платіжні картки.

Аналогічні положення містяться і в «Положенні про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням», затвердженому постановою Правління НБ України від 30 квітня 2010 року №223, за яким спеціальним платіжним засобом, поряд з іншими, також визнається платіжна картка, що виконує функцію засобу ідентифікації, за допомогою якого її держатель здійснює платіжні операції, установлені договором з емітентом банком, що є членом платіжної системи та здійснює емісію спеціальних платіжних засобів, тобто проводить операції з їх випуску (п. 1.4).

Також відповідно до вимог зазначеного «Положення» емітент може надавати фізичним особам, які не здійснюють підприємницької діяльності, особисті спеціальні платіжні засоби, а тим, хто є субєктами господарювання, - корпоративні спеціальні платіжні засоби, у тому числі і платіжні картки, які є власністю емітента (банка) і можуть передаватися у власність або надаватися в користування клієнту відповідно до умов договору, на підставі якого надається та використовується цей платіжний засіб (п.п. 2.2, 2.3).

При цьому передбачено, що платіжна картка, яка видається банком, повинна містити обовязкові реквізити, що дають змогу ідентифікувати платіжну систему, емітента (банк) та держателя цього спеціального платіжного

засобу, тобто містити нанесений шляхом друку або тиснення ідентифікаційний номер як банку, так у графічному або електронному вигляді і ідентифікаційні дані держателя(п.2.9).

Держатель спеціального платіжного засобу платіжної картки, для забезпечення безпеки здійснення платіжних операцій з її використанням, зобовязаний використовувати спеціальний платіжний засіб відповідно до вимог законодавства України, правил користування ним та умов договору, укладеного з емітентом (банком), дотримувати правила безпеки та не допускати використанняцього засобу сторонніми особами, для чого повинен надійно зберігати спеціальний платіжний засіб, ПІН-код та інші засоби, що дають змогу користуватися ним, а у випадку його втрати зобовязаний негайно повідомити про це емітента (банк), який повинен негайно зупинити здійснення операцій з використанням цього спеціального платіжного засобу з внесенням до стоп-списку і його вилучення (п.п. 2.4, 2.5, 2.6, 6.1-6.6).

Аналіз зазначених норм законів та нормативно-правових актів свідчить про те, що за своїм юридичним значенням (правовим режимом) та функціональним призначенням платіжні картки як платіжні інструменти засоби доступу до банківських рахунків повністю відповідають визначенню поняття «офіційний документ» і є різновидом офіційних документів, а тому за певних умов можуть виступати предметом злочинів, склади яких передбачені ч.ч. 1, 2 ст. 357 Кримінального кодексу України.

Водночас під поняттям «інших важливих особистих документів» як предмету злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, розуміються документи, які засвідчують важливі факти і події в житті людини, втрата яких істотно утруднює реалізацію її прав, свобод і законних інтересів та потребує значних зусиль для їх поновлення (зокрема, такими документами визнаються свідоцтво про народження, про шлюб, про народження дитини, про смерть, військовий квиток, трудова книжка, посвідчення водія, посвідчення про державні нагороди чи присвоєння почесних звань, диплом про закінчення вищого учбового закладу освіти, довідка про ідентифікаційний код, пенсійне посвідчення тощо). При цьому поняття «важливості» документа для певної людини є оціночним і підлягає встановленню в кожній конкретній кримінальній справі за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України.

Як убачається з матеріалів кримінальної справи щодо ОСОБА_1, як органи досудового слідства, так і суд, визнавши платіжні карткипластикові банківські картки «Кредитпромбанку» та «Приватбанку» на імя ОСОБА_2 важливими особистими документами потерпілої, не навели ніяких доводів на підтвердження, що ці документи були особистими та важливими для потерпілої.

У той же час з матеріалів справи і долученого до неї «Договору банківського рахунку, що відкривається для обліку операцій за платіжними картками», укладеному 06 листопада 2008 року між ОСОБА_2 та філією ВАТ «Кредитпромбанку», видно, що за умовами договору платіжна картка є власністю банку і надана держателю в тимчасове користування на час дії

договору, після чого підлягала поверненню банку; при цьому держатель ніс відповідальність за належне виконання умов договору та Правил користування платіжною карткою, при втраті чи крадіжці якої зобовязаний був негайно повідомити про це банк за вказаним в договорі номером телефону для постановки платіжної картки у стоп-лист та її вилучення. Це й було зроблено потерпілою ОСОБА_2 після відкритого викрадення в неї сумки з майном і документами, в тому числі платіжними банківськими картками «Кредитпромбанку» та «Приватбанку» з ПІН-кодами до них.

Таким чином, по справі не встановлено, що платіжні банківські картки, наявні у ОСОБА_2, відповідали ознакам важливих особистих документів, тобто були предметом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України.

За таких обставин немає підстав вважати неправильним висновок суду касаційної інстанції про те, що платіжні картки, виявлені ОСОБА_1 у викраденій ним у потерпілої сумці, не відносились до її важливих особистих документів.

Окрім того, приймаючи 27 січня 2011 року рішення про скасування вироку щодо ОСОБА_1 в частині його засудження за ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України із закриттям справи за цим обвинуваченням за відсутністю в його діях складу цього злочину, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України врахувала те, що за показаннями ОСОБА_1 і обставинами вчинення ним злочину (виявлення платіжних карток та інших документів після відкритого викрадення ним сумочки потерпілої при огляді її вмісту, викидання паспорту, пенсійного посвідчення, довідки про ідентифікаційний код та інших речей потерпілої із заволодінням лише грошима, мобільним телефоном та платіжними картками як засобами доступу до грошових коштів потерпілої з наступним викиданням і цих карток), умисел засудженого був спрямований на заволодіння чужим майном, а не на незаконне заволодіння важливими особистими документами потерпілої.

Тобто колегія суддів вмотивувала своє рішення по суті не відсутністю предмета злочину, передбаченого ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, а відсутністю у ОСОБА_1 субєктивної сторони цього злочину - прямого умислу на незаконне заволодіння іншими важливими особистими документами людини з усвідомленням цих специфічних ознак предмета цього злочину.

Цей висновок касаційного суду не заперечений в заяві заступника Генерального прокурора України і відповідає вимогам закону, за якими при відсутності у особи прямого умислу на незаконне заволодіння документами (офіційними чи іншими важливими особистими документами) у разі викрадення нею чужого майна, зокрема, сумки, в якій знаходились ці документи, вчинене слід кваліфікувати тільки як злочин проти власності.

Ураховуючи викладене, Верховний Суд України вважає, що відсутні підстави для скасування ухвали касаційного суду по кримінальній справі щодо ОСОБА_1 з направленням справи на новий касаційний розгляд.

Прийняття судом касаційної інстанції по справі відносно засудженого ОСОБА_3 протилежного рішення, на яке послався заступник Генерального

прокурора України в своїй заяві, а саме: ухвали від 01 квітня 2008 року, якою визнано, що викрадена засудженим з шухляди письмового столу в службовому кабінеті приміщення Овруцької районної державної адміністрації платіжна картка «Приватбанку» з ПІН-кодом до неї на імя ОСОБА_4 є важливим особистим документом, що, з урахуванням наступного зняття засудженим з її використанням з рахунку потерпілого 1000 грн., потребувало кваліфікації дій засудженого за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 185 та ч. 3 ст. 357 Кримінального кодексу України, не спростовує висновків про правильність ухвали касаційного суду щодо ОСОБА_1, оскільки в ухвалі відносно ОСОБА_3 не наведено мотивів прийнятого рішення, а лише визнано банківську платіжну картку «документом», і це відповідає вимогам законодавчих актів України та за певних обставин (встановлення прямого умислу на викрадення цього офіційного документу з метою подальшого викрадення із його застосуванням чужого майна) може кваліфікуватися за сукупністю злочину проти власності і відповідної частини ст. 357 Кримінального кодексу України, яка передбачає відповідальність за викрадення офіційного документу.

Ураховуючи наведене, Верховний Суд України не вбачає підстав для задоволення заяви заступника Генерального прокурора України і скасування ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року щодо ОСОБА_1 і направлення справи на новий касаційний розгляд.

На підставі викладеного, керуючись статтями 400-20, 400-21, 400-22 КПК України, Верховний Суд України

постановив :

відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України про скасування ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 січня 2011 року щодо ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і не може бути оскарженою, крім як на підставі, передбаченій п. 2 ч. 1 ст. 40012 КПК України.

Головуючий

Судді

14. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННО-ОБЧИСЛЮВАЛЬНИХ МАШИН (КОМПЬЮТЕРІВ), СИСТЕМ ТА КОМПЬЮТЕРНИХ МЕРЕЖ І МЕРЕЖ ЕЛЕКТРОЗВ'ЯЗКУ

Судова практика розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку[1]

(Витяг)

На сучасному етапі розвитку суспільство стає все більше залежним від роботи комп'ютерних систем для автоматичної обробки інформації. Це стосується різних сфер діяльності людини. Усі найважливіші функції, так чи інакше, здійснюються з використанням комп'ютерів, автоматизованих систем (далі — АС) та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

Завдяки удосконаленню комп'ютерних систем з'являються нові можливості для вчинення невідомих раніше правопорушень, а також традиційних злочинів новими засобами. Останнім часом в Україні наявна стійка тенденція до збільшення кількості злочинів, учинених у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів; далі — ЕОМ), АС та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку (комп'ютерних злочинів).

Комп'ютерна злочинність — це особливий вид злочинів, пов'язаних із незаконним використанням сучасних інформаційних технологій і засобів комп'ютерної техніки. В їх основі можуть бути політичні, хуліганські, корисливі й інші мотиви. Це зумовлює необхідність розвитку й удосконалення правових засобів регулювання суспільних відносин у сфері інформаційної діяльності. Інформаційні відносини, тобто відносини, що виникають при одержанні, використанні, поширенні та зберіганні інформації, регулюються положеннями Конституції України, законами від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII «Про інформацію», від 25 червня 1993 р. № 3322-XII «Про науково-технічну інформацію», від 18 листопада 2003 р. № 1280-IV «Про телекомунікації», від 5 липня 1994 р. № 80/94-ВР «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» (в редакції Закону від 31 травня 2005 р. № 2594-IV), а також низкою підзаконних актів, зокрема Положенням про технічний захист інформації в Україні (затверджене Указом Президента України від 27 вересня 1999 р. № 1229/99) та ін.

Згідно з чинним законодавством України кримінальну відповідальність за злочини у сфері використання ЕОМ, АС та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку передбачено у розд. XVI Кримінального кодексу України (далі — КК).

Судовий розгляд справ про злочини у сфері використання ЕОМ (комп'ютерів), АС та комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку

[1] Узагальнення опрацьовано суддею Верховного Суду України М. І. Грицівим та головним консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України В. В. Антощуком.

В Україні найбільш поширеним злочином у сфері використання ЕОМ, АС та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку є злочин, відповідальність за який передбачено ст. 361 КК («Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку»). У цій статті передбачено відповідальність за несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, що призвело до витоку, втрати, підроблення, блокування інформації, спотворення процесу автоматичної обробки інформації або до порушення встановленого порядку її маршрутизації.

Об'єктом такого злочину є ЕОМ, АС, комп'ютерні мережі та мережі електрозв'язку. Об'єктом такого злочину також може бути право власності на комп'ютерну інформацію.

Для визнання факту вчинення злочину, склад якого передбачено у ст. 361 КК, суд має встановити не лише вчинення діяння, а й настання хоча б одного із зазначених в законі наслідків: витоку, втрати, підроблення, блокування інформації, спотворення процесу її обробки або порушення встановленого порядку її маршрутизації. Тобто між несанкціонованим втручанням в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку має бути причинний зв'язок хоча б з одним із суспільно небезпечних наслідків.

Специфіка розгляду справ цієї категорії полягає у правильному розумінні термінів, визначення яких містяться у наведених вище нормативних документах.

ЕОМ розуміється як комплекс електронних технічних засобів, побудованих на основі мікропроцесорів і призначених для автоматичної обробки інформації при вирішенні обчислювальних та інформаційних завдань.

АС — це організаційно-технічні системи, в яких реалізується технологія обробки інформації з використанням технічних і програмних засобів. Зокрема, такими системами слід вважати сукупність ЕОМ, засобів зв'язку та програм, за допомогою яких ведеться документообіг, формуються, оновлюються та використовуються бази даних, накопичується та обробляється інформація. Оскільки обробка певних даних можлива і в результаті роботи одного комп'ютера, то АС — це й окремо взятий комп'ютер разом з його програмним забезпеченням.

Комп'ютерна мережа — це сукупність програмних і технічних засобів, за допомогою яких забезпечується можливість доступу з однієї ЕОМ до програмних чи технічних засобів інших ЕОМ та до інформації, що зберігається у системі іншої ЕОМ.

Мережа електрозв'язку — комплекс технічних засобів телекомунікацій та споруд, призначених для маршрутизації, комутації, передавання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого роду по радіо, проводових, оптичних чи інших електромагнітних системах між кінцевим обладнанням.

Об'єктивна сторона злочину проявляється у формі несанкціонованого втручання в роботу ЕОМ, їх систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, наслідком якого є: 1) витік; 2) втрата; 3) підроблення; 4)

блокування інформації; 5) спотворення процесу автоматичної обробки інформації; 6) порушення встановленого порядку її маршрутизації.

Несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, їх систем чи комп'ютерних мереж — це проникнення до цих машин, їх систем чи мереж і вчинення дій, які змінюють режим роботи машин, їх систем чи комп'ютерних мереж або повністю чи частково припиняють їх роботу без дозволу відповідного власника або уповноваженої особи.

Несанкціонованим втручанням в роботу мереж електрозв'язку слід вважати будь-які (окрім втручання в роботу ЕОМ, їх систем чи комп'ютерних мереж, що забезпечують роботу мереж електрозв'язку) вчинені без згоди власника відповідної мережі чи службових осіб, на яких покладено забезпечення її нормальної роботи, дії, внаслідок яких припиняється (зупиняється) робота мережі електрозв'язку або відбуваються зміни режиму цієї роботи.

Комп'ютерна інформація — це текстова, графічна чи будь-яка інша інформація (дані), яка існує в електронному вигляді, зберігається на відповідних носіях і може бути створена, змінена чи використана за допомогою ЕОМ.

Способи несанкціонованого втручання (проникнення) в роботу зазначених систем і мереж у судовій практиці трапляються різні. Як засвідчили матеріали узагальнення, найчастіше вчинення дій, передбачених ст. 361 КК, відбувається з метою безкоштовного доступу до мережі Інтернет.

Наприклад, Сєвєродонецький міський суд Луганської області вироком від 7 червня 2007 р. визнав Г. винним у тому, що він, маючи достатні технічні навики роботи на комп'ютері, використовуючи останній, не санкціоновано, без дозволу провайдера ТОВ «HomeLAN» втручався в роботу його мережі під чужими мережевими реквізитами. Таке несанкціоноване втручання в роботу комп'ютерних мереж призводило до блокування надходження інформації до офіційних користувачів, унеможливлюючи їм доступ до цих мереж, вносило викривлення в процес обробки інформації, порушувало порядок її маршрутизації.

Дії Г. суд кваліфікував за ч. 1 ст. 361 КК і призначив йому відповідне покарання.

У ч. 2 ст. 361 КК передбачено відповідальність за такі ж самі дії, що й у ч. 1 цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони заподіяли значну шкоду.

Оскільки вчинення цього злочину за попередньою змовою групою осіб є кваліфікуючою ознакою для ч. 2 ст. 361 КК, то в разі його вчинення за таких обставин дії винних осіб не потребують додаткової кваліфікації за ст. 28 КК. Проте в деяких випадках суди допускали помилки при кваліфікації зазначених дій.

Так, Хмельницький міськрайонний суд Хмельницької області визнав Г. та С. винними за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 361 КК і призначив їм відповідне покарання. Г. та С. вироком суду визнано винними у тому, що вони, діючи за попередньою змовою між собою, шляхом несанкціонованого втручання в роботу мереж

електрозв'язку порушили встановлений порядок маршрутизації міжнародних телефонних дзвінків.

Міськрайонний суд помилково кваліфікував дії цих засуджених за ч. 2 ст. 28 КК. Виправляючи помилку, Апеляційний суд Хмельницької області ухвалою від 26 грудня 2006 р. змінив вирок суду першої інстанції, виключивши з їх обвинувачення ч. 2 ст. 28 КК.

Згідно з приміткою до ст. 361 КК, шкода у статтях 361—3631 КК вважається значною, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, що в 100 і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Таким чином, значна шкода може мати і нематеріальний характер. У разі вчинення діянь, передбачених статтями 361—3631 КК, нематеріальна шкода може полягати у тимчасовому зупиненні (припиненні) роботи або іншому порушенні нормального режиму роботи певного підприємства, організації, установи, їх окремих структурних підрозділів, підриві ділової репутації громадянина чи юридичної особи, заподіянні громадянину моральної шкоди внаслідок втрати, незаконного поширення чи витоку інформації, яка є результатом його наукової чи творчої діяльності, тощо. Значна шкода нематеріального характеру є оціночним поняттям. Отже, питання про те, чи слід визнавати таку шкоду значною, вирішують органи досудового слідства, прокурор або суд з урахуванням конкретних обставин справи.

Матеріали узагальнення свідчать, що збільшилась кількість випадків, коли несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж здійснювалося з корисливих мотивів з метою викрадення чи заволодіння чужим майном із заподіянням потерпілим матеріальної шкоди і було способом вчинення таких злочинів проти власності, як шахрайство (ст. 190 КК) або привласнення чи заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК). У більшості випадків суди кваліфікували такі дії за сукупністю злочинів: за ст. 361 КК і тією статтею, в якій передбачено відповідальність за конкретний злочин проти власності, способом здійснення якого було несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку.

Наприклад, Печерський районний суд м. Києва вироком від 12 лютого 2007 р. визнав М. винним у тому, що він, працюючи провідним інженером відділу пластикових карток акціонерного комерційного «Промислово-фінансового банку», як службова особа, що виконує адміністративно-господарські функції, в 2006 р., зловживаючи своїм службовим становищем, маючи доступ до бази даних про клієнтів та їхні рахунки, що містилась у його робочому комп'ютері, діючи з метою заволодіння грошовими коштами, виконав операцію з персоналізації сторонньої картки, скопіювавши на неї інформацію одного з клієнтів банку. З використанням картки-дубліката та банкоматів М. зняв і привласнив готівкою з рахунку клієнта грошові кошти на загальну суму 65 тис. 900 грн. Зазначені дії М. суд кваліфікував за ч. 4 ст. 191 КК як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, вчинене у великих розмірах.

Крім того, суд правильно кваліфікував дії М. ще й за сукупністю злочинів, склад яких передбачено ч. 3 ст. 362 КК, оскільки М., будучи особою, яка мала право доступу до інформації, що оброблялася на комп'ютерах та зберігалася на носіях, несанкціоновано її скопіював, що призвело до витоку інформації і заподіяло значну шкоду.

Проте в деяких випадках суди кваліфікували зазначені дії лише за тими статтями КК, в яких передбачено відповідальність за вчинення комп'ютерних злочинів.

Так, Красногвардійський районний суд м. Дніпропетровська вироком від 4 грудня 2006 р. визнав Є. винним за ч. 1 ст. 361 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи вбачається, що Є., діючи з корисливих мотивів, за допомогою спеціальних комп'ютерних програм створив дублікат-макет сайту компанії, яка спільно із закритим акціонерним товариством комерційним банком «ПриватБанк» (далі — ЗАТ КБ «ПриватБанк») надавала послуги з прискореного перерахування платежів за комунальні послуги і мобільний зв'язок ерез мережу Інтернет. У результаті такої діяльності Є. протягом певного часу викрадав грошові кошти з рахунків клієнтів ЗАТ КБ «ПриватБанк».

Оскільки Є. шляхом обману неодноразово заволодівав грошовими коштами за допомогою незаконних операцій з використанням ЕОМ, а втручання в роботу ЕОМ є способом вчинення злочину проти власності, то в цьому випадку зазначені дії потребують додаткової кваліфікації ще й за ст. 190 КК (шахрайство).

Вивчення справ про комп'ютерні злочини показало, що значна кількість їх пов'язана із несанкціонованим втручанням в роботу мереж електрозв'язку шляхом використання емуляторів — телефонних карток, що дають змогу безкоштовно здійснювати з таксофонних автоматів дзвінки в будь-якому напрямку, у тому числі за межі України. Такі дії завдають значних збитків телекомунікаційним компаніям, за рахунок яких здійснюються дзвінки у віддалені регіони; при цьому вчинювані телефонні виклики, як правило, не прослідковуються, і за них компанія не в змозі виставити рахунок користувачеві.

Наприклад, Центральний районний суд м. Сімферополя вироком від 20 вересня 2006 р. визнав С. винним за ч. 2 ст. 361 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи вбачається, що С., діючи повторно, з метою отримання матеріальної вигоди для здійснення безкоштовних дзвінків придбав емулятор таксофонної картки із впаяним у нього запрограмованим чіпом. Використовуючи зазначений емулятор, С. надавав послуги міжміського та міжнародного телефонного зв'язку стороннім особам, а кошти, одержані за ці послуги, привласнював. Таким чином, було здійснено 1 тис. 177 незаконних безоплатних телефонних дзвінків, у тому числі й за кордон, та завдано збитків відкритому акціонерному товариству «Укртелеком» (далі — ВАТ «Укртелеком») на суму 11 тис. 980 грн.

Згідно з висновком судово-технічної експертизи, вилучений у С. технічний пристрій є емулятором телефонної картки для несанкціонованого доступу до

послуг ВАТ «Укртелеком». Емулятор таксофонної картки був виготовлений шляхом видалення електронного модуля із пластикової картки і встановлення на це місце мікропроцесора, в якому записано програмне забезпечення, що емулює роботу електронної картки.

У цьому випадку грошові кошти у вигляді оплати за міжміські та міжнародні розмови, які мали б надійти в розпорядження власника телефонної мережі, отримував зловмисник, тому ця грошова сума є неодержаним прибутком власника. Неодержаний прибуток є предметом злочину ст. 192 КК (заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою). Отже, дії С. слід було б додатково кваліфікувати ще й за ч. 1 ст. 192 КК.

Створення з метою використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдження або збут шкідливих програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, тягне відповідальність за ст. 361^1КК. Як предмет цього злочину комп'ютерні програми (програмні засоби) мають бути шкідливими, тобто здатними забезпечити несанкціонований доступ до інформації, а також змінити, знищити, пошкодити, заблокувати інформацію — комп'ютерну чи ту, яка передається мережами електрозв'язку. Різновидом шкідливих комп'ютерних програм є комп'ютерні віруси[1]. Їх призначення — несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Зазначений злочин (ч. 1 ст. 361^1 КК) має формальний склад, і для наявності його об'єктивної сторони не потрібне настання суспільно небезпечних наслідків.

Так, Дрогобицький міськрайонний суд Львівської області вироком від 7 серпня 2006 р. призначив А. кримінальне покарання, в тому числі й за ч. 1 ст. 361^1 КК. З матеріалів справи вбачається, що А. з метою безкоштовного доступу до мережі Інтернет створив та використав шкідливу комп'ютерну програму, призначену для сканування мережі провайдера й отримання логінів та паролів, для модемного доступу до мережі Інтернет, які містилися на сервері провайдера. В подальшому А. незаконно використовував логіни та паролі для доступу до мережі Інтернет.

Несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в ЕОМ, АС, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації, створеної та захищеної відповідно до вимог чинного законодавства, утворюють склад злочину, передбачений ст. 361^2 КК. Ознакою комп'ютерної інформації з обмеженим доступом є те, що вона повинна бути створена та захищена відповідно до положень чинного законодавства, зокрема положень відповідних законів чи підзаконних нормативно-правових актів, у яких регламентується порядок її створення і захисту.

Комп'ютерна інформація з обмеженим доступом може бути конфіденційною і таємною, зокрема такою, що містить банківську чи комерційну таємницю.

---

[1] Див.: Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К., 2006. — С. 969.

Наприклад, Індустріальний районний суд м. Дніпропетровська вироком від 26 червня 2006 р. визнав Д. винним за ч. 1 ст. 361^2 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи вбачається, що Д. відповідно до своїх службових повноважень мав доступ до комп'ютерної інформації про наступну переоцінку товарів у мережі магазинів, що було комерційною таємницею підприємства, в якому він працював. Цю інформацію він через мережу Інтернет розповсюдив серед осіб, які не були співробітниками цього підприємства і не мали права доступу до неї.

У ст. 362 КК передбачено відповідальність за несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в ЕОМ, АС, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї.

Об'єктивна сторона такого злочину полягає у вчиненні щодо відповідної комп'ютерної інформації несанкціонованих: 1) зміни; 2) знищення; 3) блокування; 4) перехоплення; 5) копіювання. У двох останніх випадках обов'язковим елементом об'єктивної сторони злочину є наслідки у вигляді витоку інформації.

Суб'єктом цього злочину може бути особа, яка має право доступу (на підставі трудових чи договірних правовідносин або з інших юридичних підстав) до комп'ютерної інформації чи носіїв такої інформації.

Суди при розгляді справ цієї категорії допускають помилки при кваліфікації дій винних осіб, які, маючи право доступу до комп'ютерної інформації, вчинювали щодо неї несанкціоновані дії.

Так, Заводський районний суд м. Миколаєва вироком від 14 березня 2007 р. визнав С. винним за ч. 1 ст. 361^1 та ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 361 КК і призначив йому відповідне покарання. З матеріалів справи вбачається, що С., працюючи інженером супроводження програмного забезпечення відділення ЗАТ КБ «ПриватБанк», відповідно до своїх службових обов'язків через локальну мережу мав доступ до всіх ЕОМ відділення банку. С. був незадоволеним розміром заробітної плати, з помсти за це керівництву банку, використовуючи наданий йому комп'ютер, за допомогою локальної комп'ютерної мережі зайшов на сервер банку і з метою використання створив у ньому шкідливий програмний засіб. Маючи намір запустити його та знищити інформацію, що містилася в ЕОМ відділення банку, напередодні свого звільнення розмістив його в активному стані у каталогах операційної системи серверу банку. Але реалізувати до кінця свій умисел, спрямований на несанкціоноване втручання в роботу сервера, яке могло призвести до втрати інформації, не зміг, оскільки в день подання заяви про звільнення йому було відмовлено в допуску до робочого місця і сервера.

Районний суд, кваліфікуючи дії С. за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 361 КК, припустився помилки, оскільки С. як відповідальна за експлуатацію АС особа намагався умисно знищити інформацію, яка в них оброблялася. У цьому випадку його дії слід було кваліфікувати за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 362 КК.

За несанкціоноване перехоплення або копіювання інформації, яка оброблюється в ЕОМ, АС, комп'юерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинене особою, яка має право доступу до такої інформації,

якщо ці дії призвели до її витоку, настає відповідальність, передбачена ч. 2 ст. 362 КК.

Наприклад, Жовтневий районний суд м. Дніпропетровська вироком від 27 липня 2007 р. визнав С. винною за ч. 2 ст. 362 КК та призначив їй відповідне покарання. С., працюючи у відділенні ЗАТ КБ «ПриватБанк» спеціалістом відділу кредитування фізичних осіб і маючи доступ до бази даних клієнтів та їхніх рахунків, скопіювала інформацію, що стосувалася рахунку одного з клієнтів банку (трансфер та комп'ютерні паролі входу до рахунку). Використовуючи зазначену інформацію, С. через мережу Інтернет поповнювала рахунок свого мобільного телефону та сплачувала рахунки за комунальні послуги.

У випадках зміни, знищення, блокування інформації злочин вважається закінченим з моменту фактичної зміни, знищення чи блокування відповідної інформації, а в разі перехоплення чи копіювання інформації — з моменту настання наслідків, спеціально передбачених законом.

Проте деякі суди при відмежуванні закінченого складу цього злочину від замаху на його вчинення допускали помилки.

Наприклад, вироком Ленінського районного суду м. Миколаєва від 29 травня 2006 р. за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 362 КК засуджено П., який, працюючи спеціалістом технічної підтримки канадської компанії та маючи доступ до інформації, яка оброблялась і зберігалася в комп'ютерній мережі компанії, вчинив несанкціоноване копіювання трьох шаблонів сайтів, які продав за 30 доларів США, що призвело до витоку цієї інформації. В цьому випадку суд помилково кваліфікував дії П. як замах на вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 362 КК, хоча в результаті його дій зазначена інформація стала відомою та доступною стороннім особам, тобто наявний закінчений склад злочину.

Крім того, дії П. слід було додатково кваліфікувати за ч. 1 ст. 361^2 КК, оскільки він також здійснив несанкціонований збут інформації з обмеженим доступом.

Кримінальна відповідальність за порушення правил експлуатації ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється (ст. 363 КК), настає, якщо цими діями заподіяно значну шкоду особою, яка відповідає за їх експлуатацію, за умови, що це спричинило викрадення, перекручення чи знищення комп'ютерної інформації, засобів їх захисту, або незаконне копіювання комп'ютерної інформації, чи істотне порушення роботи таких машин, їх систем чи комп'ютерних мереж.

Правилами експлуатації ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку слід розуміти будь-які технічні правила, що регламентують порядок використання таких машин і автоматичної обробки в них інформації, а також забезпечення засобів захисту їх програмного забезпечення. У вироку суд має вказати, які конкретно правила були порушені винною особою. Саме ж порушення правил може бути як умисним, так інеобережним. Між діями, що утворюють об'єктивну сторону цього злочину, і суспільно небезпечними наслідками має бути причинний зв'язок.

Порушення правил експлуатації ЕОМ, АС чи комп'ютерних мереж визнаються злочином лише в разі, коли їх наслідком було заподіяння значної шкоди, розмір якої визначено у примітці до ст. 361 КК. При цьому шкода, що береться до уваги при кваліфікації злочину, може стати значною як результат одного із допущених порушень або як сукупний результат усіх допущених порушень.

Суб'єкт зазначеного злочину спеціальний — особа, яка відповідає за експлуатацію ЕОМ, АС та комп'ютерних мереж.

Порушення правил експлуатації може виявлятися к в активних діях, коли особа вчинює дії всупереч розпорядженням, закріпленим у правилах, так і у формі бездіяльності — це невиконання або неналежне виконання обов'язків із технічного забезпечення захисту комп'ютерної інформації.

У ст. 363^1 КК передбачено відповідальність за умисне масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку, здійснене без попередньої згоди адресатів, що призвело до порушення або припинення роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Засобом вчинення такого злочину є повідомлення електрозв'язку, які розповсюджуються через систему ЕОМ, АС, комп'ютерні мережі чи мережі електрозв'язку, в тому числі через мережу Інтернет. Суспільно небезпечними наслідками злочину, склад якого передбачено ст. 363^1 КК, є порушення або припинення роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Розвиток мережі Інтернет призвів до того, що однією з основних проблем користувачів став надлишок інформації. Це стосується передусім так званого «спаму», тобто масового розповсюдження попередньо не обумовлених електронних листів. Через масовий характер спамових повідомлень останні утруднюють роботу інформаційних систем і ресурсів, створюючи для них зайве перевантаження, що може бути причиною їх виходу з ладу. «Спам» також може стати носієм шкідливих програм і комп'ютерних вірусів, поширених із метою отримання доступу до комп'ютерних систем, виведення їх із ладу або отримання конфіденційної інформації.

Однією з характерних особливостей цього виду злочинів є їхня латентність, яка спричинена небажанням користувачів мережі інформувати про такі злочини через недовіру до потенційних можливостей правоохоронних органів, а також небажанням публічно визнати слабкі місця у власних системах безпеки.

Згідно зі статистичною інформацією ДСА, у 2007—2008 рр. суди не розглядали кримінальних справ про злочини, передбачені статтями 363 та 363^1КК.

Призначення покарання

Вивчення зазначеної категорії кримінальних справ засвідчило, що суди, призначаючи покарання, здебільшого дотримуються передбаченого законом принципу індивідуалізації покарання залежно від характеру і ступеня тяжкості вчиненого злочину. Однак при призначенні покарань ще мають місце недоліки, на які необхідно звернути увагу. Зокрема, у деяких випадках сумнівними є рішення суду щодо призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено

законом, та звільнення осіб від відбування покарання з випробуванням. Згідно з вимогами ст. 69 КК суд може призначити більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, лише за наявності декількох обставин (тобто не менше двох), що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного.

Однак мали місце випадки необґрунтованого призначення судами більш м'якого покарання, ніж передбачено законом.

Наприклад, Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області вироком від 30 квітня 2007 р. визнав П. винною за ч. 3 ст. 362 КК та із застосуванням ст. 69 цього Кодексу призначив їй покарання у виді двох років обмеження волі. Призначаючи П. покарання, суд у вироку зазначив лише про наявність позитивної характеристики підсудної, а обставин, які пом'якшують покарання, не навів.

У деяких випадках суди при призначенні покарання не враховують, що від конфіскації майна як виду додаткового покарання необхідно відрізняти спеціальну конфіскацію, яка полягає у вилученні у засудженого програмних або технічних засобів, за допомогою яких було вчинено злочин. Оскільки законом не передбачено можливості звільнення від такої конфіскації, спеціальна конфіскація має застосовуватися судами незалежно від застосування статей 69, 75 КК.

Так, Шевченківський районний суд м. Києва вироком від 10 березня 2006 р. визнав Я. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 361 КК, та призначив йому покарання у виді трьох років обмеження волі з конфіскацією телефонного шлюзу «Audio codes», який є власністю винної особи та за допомогою якого він вчинив несанкціоноване втручання у мережу електрозв'язку. На підставі ст. 75 КК суд звільнив його від відбування покарання з випробуванням, зазначивши у вироку про звільнення його від конфіскації технічного засобу, за допомогою якого було вчинено несанкціоноване втручання.

Апеляційний суд м. Києва вирок районного суду скасував у частині призначення Я. покарання та постановив свій вирок, яким призначив йому відповідне покарання із застосуванням конфіскації телефонного шлюзу.

Проведене узагальнення засвідчило, що при розгляді зазначеної категорії справ суди допускають помилки при кваліфікації дій винних осіб, розрізненні одних злочинів від інших, вирішенні питань про наявність або відсутність кваліфікуючих ознак та призначенні кримінального покарання.

Труднощі також виникають при кваліфікації дій винних осіб, коли несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж здійснювалося з корисливих мотивів із метою викрадення чи заволодіння чужим майном. Зазначені дії суди помилково кваліфікують лише за статтями КК, в яких передбачено відповідальність за вчинення комп'ютерних злочинів.

Призначаючи покарання за вчинення такого виду злочинів, суди іноді не застосовують обов'язкову конфіскацію програмних та технічних засобів, за допомогою яких було вчинено злочин.

15. ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 26 грудня 2003 р. № 15

Згідно зі ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Перевищення влади або службових повноважень є небезпечним злочином, який вчинюється у сфері службової діяльності і посягає на охоронювані законом права й інтереси окремих громадян, інтереси юридичних осіб, державні та громадські інтереси.

Суди в основному вирішують справи про такі злочини з додержанням вимог закону. Проте в їх діяльності є й недоліки, пов'язані з неправильним розумінням об'єктивної сторони і кваліфікуючих ознак цього злочину, відмежуванням його від суміжних злочинів. Допускаються помилки при призначенні покарання.

З метою забезпечення однакового застосування судами законодавства у справах зазначеної категорії Пленум Верховного Суду України постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що належне здійснення правосуддя у справах про перевищення влади або службових повноважень повинно максимально сприяти захисту охоронюваних законом прав та інтересів окремих громадян, інтересів юридичних осіб, державних і громадських інтересів, зміцненню законності та правопорядку.

2. При розгляді справ про перевищення влади або службових повноважень суди відповідно до вимог ст. 161 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) повинні, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створювати необхідні умови для виконання сторонами їхніх процесуальних обов'язків та здійснення наданих їм прав, зокрема щодо з'ясування всіх фактичних обставин справи; службового становища й кола повноважень особи, обвинувачуваної у вчиненні злочину; мотиву, мети і характеру вчинених дій, їх зв'язку зі службовим становищем зазначеної особи та наслідками, що настали; даних, що характеризують цю особу, її поведінку до вчинення злочину.

Суди зобов'язані вимагати від органів досудового слідства долучення до матеріалів кримінальних справ про перевищення влади або службових повноважень копій нормативно-правових актів, положень, інструкцій, інших документів, що розкривають характер повноважень службової особи.

3. Судам необхідно мати на увазі, що виконавцем (співвиконавцем) злочину, відповідальність за який передбачена ст. 365 Кримінального кодексу України (далі – КК), може бути лише службова особа. При вирішенні питання

про те, чи є особа службовою, потрібно виходити з положень, що містяться у примітках 1 і 2 до ст. 364 КК.

Відповідальність за ст. 365 КК настає лише за умови, що дії службової особи були зумовлені її службовим становищем і пов'язані з її владними чи службовими повноваженнями. Якщо такого зв'язку не встановлено, дії винного за наявності до того підстав можуть кваліфікуватися за статтями названого Кодексу, що передбачають відповідальність за злочини проти особи, власності, громадського порядку тощо.

Організаторами, підбурювачами, пособниками перевищення влади або службових повноважень можуть визнаватись як службові, так і не службові особи. Дії таких співучасників потрібно кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 та 365 КК.

4. Відповідно до ч. 1 ст. 365 КК перевищенням влади або службових повноважень визнається умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень, якщо ними заподіяно істотну шкоду охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

При вирішенні питання про те, чи є вихід за межі наданих прав або повноважень явним, суди мають враховувати, наскільки він був очевидним для службової особи і чи усвідомлювала вона протиправність своєї поведінки. Мотиви та мета вчинення таких дій можуть бути різними і на кваліфікацію злочину, як правило, не впливають.

Ставлення службової особи до наслідків вчинюваних нею дій можливе як умисне, так і необережне.

5. Судам необхідно відмежовувати перевищення влади або службових повноважень від зловживання владою або службовим становищем. В останньому випадку службова особа незаконно, всупереч інтересам служби використовує надані їй законом права і повноваження (ст. 364 КК).

Під перевищенням влади або службових повноважень треба розуміти:

а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства;

б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов;

в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені лише колегіально;

г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти.

6. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 365 КК, є заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Згідно з п. 3 примітки до ст. 364 КК шкода, якщо вона полягає в спричиненні матеріальних збитків, визнається істотною за умови, що вона в 100 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Якщо шкода полягає у заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується з

урахуванням конкретних обставин справи. Зокрема, істотною шкодою можуть визнаватися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканність та недоторканність житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів.

При вирішенні питання про те, чи є заподіяна шкода істотною, потрібно також ураховувати кількість потерпілих громадян, розмір моральної шкоди чи упущеної вигоди тощо.

У разі заподіяння поряд із матеріальними збитками і шкоди нематеріального характеру загальна шкода від злочину може визнаватись істотною навіть у випадку, коли зазначені збитки не перевищують 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

7. Відповідальність за кваліфіковані види перевищення влади або службових повноважень настає лише за наявності всіх ознак злочину, передбачених ч. 1 ст. 365 КК, і хоча б однієї кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 2 або ч. 3 зазначеної статті.

При цьому необхідно мати на увазі, що перевищення влади або службових повноважень, супроводжуване насильством, застосуванням зброї або болісними й такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями (ч. 2 ст. 365 КК), як правило, вже за змістом цих дій свідчить про заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам громадян.

8. Насильство при перевищенні влади або службових повноважень може бути як фізичним, так і психічним. Якщо фізичне насильство полягає в незаконному позбавленні волі, завданні побоїв або ударів, заподіянні легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, у мордуванні, а психічне – у реальній погрозі заподіяння фізичного насильства щодо потерпілого чи його близьких, дії винної особи потрібно кваліфікувати за ч. 2 ст. 365 КК.

9. Болісними й такими, що ображають особисту гідність потерпілого (ч. 2 ст. 365 КК), необхідно вважати дії, які завдають йому особливого фізичного болю чи моральних страждань. Вони можуть полягати у протиправному застосуванні спеціальних засобів (наручники, гумові кийки, отруйні гази, водомети тощо), тривалому позбавленні людини їжі, води, тепла, залишенні її у шкідливих для здоров'я умовах, використанні вогню, електроструму, кислоти, лугу, радіоактивних речовин, отрути, а також у приниженні честі, гідності, заподіянні душевних переживань, глумлінні тощо.

10. Тяжкими наслідками при перевищенні влади або службових повноважень (ч. 3 ст. 365 КК) визнаються заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень або смерті, доведення його до самогубства, спричинення матеріальних збитків, які у 250 і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян (п. 4 примітки до ст. 364 КК), розвал діяльності

підприємства, установи, організації, їх банкрутство, створення аварійної ситуації, що потягла людські жертви, тощо.

11. Умисне заподіяння смерті чи тяжкого тілесного ушкодження при перевищенні влади або службових повноважень кваліфікується за сукупністю злочинів – за ч. 3 ст. 365 КК та однією з таких його статей: 112, 115, 121, 348, 379, 400, а вчинення таких дій через необережність охоплюється ч. 3 ст. 365 КК і додаткової кваліфікації за ст. 119 чи ст. 128 КК не потребує.

Умисне вбивство або умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, вчинене службовою особою при перевищенні меж необхідної оборони, кваліфікується за ст. 118 або ст. 124 КК.

Якщо перевищення влади або службових повноважень призвело до самогубства потерпілого чи спроби його вчинити, наслідком якої стало тяжке тілесне ушкодження, дії службової особи підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 365 КК і додаткової кваліфікації за ст. 120 цього Кодексу не потребують.

12. У разі, коли при перевищенні влади або службових повноважень фізичне насильство полягало в катуванні, відповідальність за яке передбачена ч. 1 ст. 127 КК, вчинене охоплюється ч. 2 ст. 365 цього Кодексу. Якщо ж катування містило ознаки злочину, відповідальність за який передбачена ч. 2 ст. 127 КК, дії службової особи необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ч. 2 ст. 127 і ч. 2 ст. 365 КК.

Перевищення влади або службових повноважень, поєднане з незаконним позбавленням особи волі (ч. 1 або ч. 2 ст. 146 КК), кваліфікується за ч. 2 ст. 365 КК, а якщо таке позбавлення волі потягло тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 146 КК), – за ч. 3 ст. 365 КК. Вчинення цих злочинів організованою групою належить кваліфікувати за сукупністю ч. 3 ст. 146 і ч. 3 ст. 365 КК.

13. При вирішенні питання про кваліфікацію дій службової особи за ч. 2 ст. 365 КК за ознакою застосування зброї треба враховувати, що нею визнаються предмети, призначені для ураження живої цілі, і що вона може бути як вогнепальною (у тому числі гладкоствольною), так і холодною. Застосування зброї передбачає не тільки заподіяння чи спробу заподіяння за її допомогою тілесних ушкоджень або смерті, а й погрозу нею.

Розглядаючи справи, пов'язані з незаконним застосуванням зброї службовими особами, які мають право володіти нею, суди зобов'язані керуватися нормативними актами, що визначають підстави й порядок її застосування цими особами.

У разі застосування службовою особою при перевищенні влади або службових повноважень зброї, якою вона володіла незаконно, її дії необхідно додатково кваліфікувати за ст. 262 або ст. 263 КК.

14. Суди повинні мати на увазі, що перевищення влади або службових повноважень, поєднане з умисним знищенням чи пошкодженням чужого майна без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 194, ч. 1 ст. 347, ч. 1 ст. 352, ч. 1 ст. 378, ч. 1 ст. 399 КК), кваліфікується за відповідною частиною ст. 365 КК і додаткової кваліфікації за переліченими статтями про злочини проти власності не потребує.

Якщо перевищення влади або службових повноважень було поєднане з діями, відповідальність за які передбачена частинами другими зазначених статей, а також ч. 3 ст. 399 КК, вчинене винним має кваліфікуватися за сукупністю злочинів.

15. Коли службова особа перевищила владу або службові повноваження з метою запобігти шкідливим наслідкам, більш значним, ніж фактично заподіяна шкода, і їх не можна було відвернути іншими засобами, її дії як вчинені в стані крайньої необхідності відповідно до ст. 39 КК не можуть бути визнані злочинними.

16. Питання про відповідальність службової особи, яка перевищила владу або службові повноваження на підставі наказу чи розпорядження керівника, і це потягло шкідливі наслідки, вирішується з урахуванням вимог ст. 41 КК.

17. Звернути увагу судів на те, що злочини, відповідальність за які передбачена ч. 2 ст. 157 КК (перешкоджання здійсненню виборчого права), ч. 2 ст. 162 (порушення недоторканності житла), статтями 371–373 (завідомо незаконні затримання, привід або арешт, притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, примушування давати показання) та ч. 2 ст. 376 КК (втручання в діяльність судових органів), являють собою спеціальні види перевищення влади або службових повноважень. Кваліфікація дій виконавців і співучасників цих злочинів ще й за ст. 365 цього Кодексу можлива лише за наявності реальної сукупності останніх.

18. Члени громадських формувань з охорони громадського порядку під час її здійснення мають спеціальні владні повноваження, а отже, виконують функції представників влади. У зв'язку з цим за наявності в їхніх діях ознак перевищення влади або службових повноважень вони притягаються до відповідальності за відповідною частиною ст. 365 КК.

19. Військова службова особа за перевищення влади чи службових повноважень несе відповідальність за ст. 424 КК.

20. Призначаючи покарання особам, винним у перевищенні влади або службових повноважень, суди мають неухильно виконувати вимоги ст. 65 КК щодо індивідуалізації покарання, а саме враховувати характер вчиненого діяння, тяжкість наслідків, що настали, дані про особу винного та інші обставини, які пом'якшують чи обтяжують покарання.

Оскільки позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю в усіх частинах ст. 365 КК передбачене як обов'язкове додаткове покарання, суди можуть не застосовувати його лише за наявності умов, визначених ст. 69 КК, з обов'язковим наведенням у вироку мотивів прийнятого рішення.

При розгляді справ про злочини, передбачені ч. 2 або ч. 3 ст. 365 КК, суди повинні з'ясовувати, чи є у підсудного військове, спеціальне звання, ранг, чин або кваліфікаційний клас, і відповідно до ст. 54 КК вирішувати питання про доцільність позбавлення засудженого звання, рангу, чину, класу і зазначати про це у вироку.

21. Відповідно до вимог статей 23 і 232 КПК судам необхідно в кожній справі виявляти причини й умови, які сприяли перевищенню влади або

службових повноважень, і реагувати на них шляхом винесення окремих ухвал (постанов).

22. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 27 грудня 1985 р. № 12 “Про судову практику в справах про перевищення влади або посадових повноважень” (зі змінами, внесеними постановами Пленуму від 4 червня 1993 р. № 3 та від 3 грудня 1997 р. № 12).

Голова
Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Про судову практику у справах про хабарництво

Постанова
Пленуму Верховного Суду України
від 26 квітня 2002 р. № 5

З метою забезпечення однакового і правильного застосування законодавства у справах про хабарництво та у зв’язку з питаннями, які виникають у судовій практиці, Пленум Верховного Суду України постановляє:

1. Звернути увагу судів на те, що згідно з чинним законом відповідальність за одержання хабара можуть нести лише службові особи. При вирішенні питання, чи є та або інша особа службовою, належить керуватися правилами, які викладено в пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364 Кримінального кодексу України (далі — КК).

При цьому слід мати на увазі, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов’язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості.

Організаційно-розпорядчі обов’язки — це обов’язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідуючі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські обов’язки — це обов’язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх

заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо.

Особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов'язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронник тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Службовими особами можуть визнаватись як громадяни України, так і іноземці та особи без громадянства.

2. Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

Одержання службовою особою незаконної винагороди від підлеглих чи підконтрольних осіб за протегування чи потурання, за вирішення на їх користь питань, які входять до її компетенції, також слід розцінювати як одержання хабара.

Дії винних належить визнавати даванням і одержанням хабара й у тих випадках, коли умови одержання матеріальних цінностей або послуг хоча спеціально і не обумовлювались, але учасники злочину усвідомлювали, що особа дає хабар з метою задоволення тих чи інших власних інтересів або інтересів третіх осіб.

3. Судам слід мати на увазі, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 368 КК, полягає в одержанні хабара в будь-якому вигляді. Оскільки виконання чи невиконання службовою особою відповідних дій перебуває за межами об'єктивної сторони даного злочину, відповідальність настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він обумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

Якщо виконані службовою особою у зв'язку з одержанням хабара дії самі є злочинними (службове підроблення, зловживання владою чи службовим становищем тощо), вчинене належить кваліфікувати за сукупністю злочинів.

4. Оскільки одержання хабара є корисливим злочином, його предмет має виключно майновий характер. Ним можуть бути майно (гроші, цінності та інші речі), право на нього (документи, які надають право отримати майно, користуватися ним або вимагати виконання зобов'язань тощо), будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від

прав на майно, безоплатне надання послуг, санаторних чи туристичних путівок, проведення будівельних або ремонтних робіт тощо).

Послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру (похвальні характеристика чи виступ у пресі, надання престижної роботи тощо), не можуть визнаватися предметом хабара. Одержання їх може розцінюватись як інша (некорислива) заінтересованість при зловживанні владою чи службовим становищем і за наявності до того підстав кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 364 КК.

5. Склад злочину, передбаченого ст. 368 КК, наявний не лише тоді, коли службова особа одержала хабар для себе особисто, а й тоді, коли вона зробила це в інтересах близьких їй осіб (родичів, знайомих тощо). При цьому не має значення, як саме фактично було використано предмет хабара.

6. Давання хабара полягає в передачі службовій особі майна, права на майно або вчиненні на її користь дій майнового характеру за виконання чи невиконання дії, яку та повинна була або могла виконати з використанням службового становища чи наданої їй влади. Склад цього злочину наявний не тільки тоді, коли хабар дається за вчинення певних дій в інтересах того, хто його дає, а й тоді, коли це робиться в інтересах інших фізичних чи юридичних осіб.

7. Давання й одержання як хабара предметів, збут і придбання яких є самостійним складом злочину (вогнепальної (крім гладкоствольної мисливської), холодної зброї, бойових припасів або вибухових речовин, наркотичних засобів, отруйних чи сильнодіючих речовин тощо), утворює сукупність злочинів і кваліфікується за відповідною частиною ст. 369 чи 368 і тією статтею КК, яка передбачає відповідальність за збут або придбання цих предметів.

8. Судам слід мати на увазі, що хабар може даватись та одержуватись і в завуальованій формі — під виглядом укладення законної угоди, безпідставного нарахування й виплати заробітної плати чи премій, нееквівалентної оплати послуг різного характеру (консультації, експертизи тощо).

Установивши, що хабар було передано в завуальованій формі, суд повинен зазначити це у вироку і навести докази, на підставі яких він дійшов висновку, що гроші, матеріальні цінності чи послуги були передані або надані службовій особі як хабар та що це усвідомлювали і той, хто його дав, і той, хто одержав.

9. Давання й одержання хабара тісно пов’язані умислами осіб, які вчинюють ці злочини. Якщо особа, вручаючи службовій особі незаконну винагороду, з тих чи інших причин не усвідомлює, що дає хабар (наприклад, у зв’язку з обманом чи зловживанням довірою), вона не може нести відповідальність за давання, а службова особа — за одержання хабара. Дії останньої за наявності до того підстав можуть кваліфікуватись як зловживання владою чи службовим становищем, обман покупців або замовників, шахрайство тощо.

Дії службової особи, яка, одержуючи гроші чи матеріальні цінності начебто для передачі іншій службовій особі як хабар, мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідними

частинами статей 190 і 364 КК як шахрайство та зловживання владою чи службовим становищем, а за наявності до того підстав — і за відповідними частинами статей 27, 15 та 369 КК як підбурювання до замаху на давання хабара. Особа, яка в такому випадку передала гроші чи цінності, вважаючи, що вона дає хабар, несе відповідальність за замах на давання останнього.

10. Злочини, передбачені статтями 368, 369 КК, вважаються закінченими з моменту, коли службова особа прийняла хоча б частину хабара. У випадках, коли вона відмовилася прийняти запропоновані гроші, цінності, послуги, дії того, хто намагався дати хабар, належить кваліфікувати як замах на його давання.

Якщо ж службова особа виконала певні дії, спрямовані на одержання хабара, але не одержала його з причин, які не залежали від її волі, такі дії належить кваліфікувати як замах на вчинення цього злочину.

Одержання службовою особою хабара від того, хто діє з метою її викриття і звільняється від кримінальної відповідальності з передбачених законом підстав, є закінченим складом злочину і кваліфікується залежно від обставин справи за відповідною частиною ст. 368 КК.

11. Дії особи, яка сприяла у вчиненні злочину тому, хто дав чи одержав хабар, або організувала цей злочин, або підбурила до його вчинення, належить кваліфікувати як співучасть у даванні чи одержанні хабара. При цьому питання про кваліфікацію дій співучасника потрібно вирішувати з урахуванням спрямованості його умислу виходячи з того, в чиїх інтересах, на чиїй стороні і за чиєю ініціативою — того, хто дав, чи того, хто одержав хабар, — він діяв.

12. Службова особа, яка дала хабар за одержання певних благ, пільг чи переваг для установи, організації, підприємства, несе відповідальність за давання хабара, а за наявності до того підстав — і за інший злочин (зловживання владою або службовим становищем, незаконне заволодіння чужим майном тощо).

Склад злочину, передбаченого ст. 369 КК, у діях службової особи наявний і тоді, коли вона дала підлеглому вказівку домагатися таких благ, пільг чи переваг шляхом підкупу інших службових осіб, виділила або розпорядилась виділити для цього кошти чи інші цінності, надала законного вигляду виплатам у випадках давання хабарів у завуальованій формі тощо.

Якщо службова особа лише рекомендувала підлеглому домагатися благ, пільг чи переваг у такий спосіб, відповідальність за давання хабара несе той працівник, який, виконуючи таку рекомендацію, дав незаконну винагороду. Дії службової особи в цьому випадку можуть кваліфікуватись як підбурювання до давання хабара.

13. Оскільки від розміру хабара залежить кваліфікація злочину, предмет хабара повинен отримати грошову оцінку в національній валюті України. Це є необхідним і у випадках, коли як хабар було передано майно, яке з тих чи інших причин не купувалося (викрадене, подароване, знайдене тощо).

При визначенні вартості предмета хабара слід виходити з мінімальних цін, за якими в даній місцевості на час вчинення злочину можна було вільно придбати річ або одержати послуги такого ж роду та якості.

14. При кваліфікації одержання хабара за ознаками великого або особливо великого розміру судам належить керуватися приміткою до ст. 368 КК виходячи з неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, установленого законодавством України на момент вчинення цього злочину.

За змістом закону не об'єднане єдиним умислом одержання декількох хабарів, кожен з яких не перевищує в 200 (500) разів неоподатковуваний мінімум доходів громадян, не може кваліфікуватись як одержання хабара у великому (особливо великому) розмірі, навіть якщо загальна їх сума перевищує останній. У зв'язку з цим послідовне одержання одного хабара у великому, а другого — в особливо великому розмірі належить кваліфікувати за сукупністю злочинів, тобто за частинами 2 і 3 ст. 368 КК.

Коли ж умисел службової особи при одержанні декількох хабарів був спрямований на збагачення у великих чи особливо великих розмірах (наприклад, у випадках систематичного одержання хабарів на підставі так званих такс або у формі поборів, данини тощо), її дії треба розцінювати як один злочин і залежно від фактично одержаного кваліфікувати за відповідною частиною статті 368 КК.

Якщо при умислі службової особи на одержання хабара у великому або особливо великому розмірі нею було одержано з причин, що не залежали від її волі, лише частину обумовленого хабара, вчинене належить кваліфікувати як замах на одержання хабара у розмірі, який охоплювався її умислом.

15. При вирішенні питання про повторність злочинів, передбачених статтями 368 і 369 КК, слід керуватися п. 3 примітки до ст. 368 КК.

Цією ознакою охоплюються як перший, так і наступні злочини, тому кваліфікувати перший із них додатково ще й за ч. 1 ст. 368 чи 369 КК не потрібно. Це не стосується тих випадків, коли одні злочини були закінченими, а інші — ні, і випадків, коли особа одні злочини вчинила як виконавець, а інші — як організатор, підбурювач або пособник, оскільки незакінчені злочини і злочини, які особа вчинила не як виконавець, повинні одержувати окрему кваліфікацію з посиланням на відповідну частину ст. 15 чи ст. 27 КК.

Одночасне одержання службовою особою хабара від декількох осіб належить кваліфікувати як вчинене повторно тоді, коли він дається за вчинення дій в інтересах кожної особи, яка дає хабар, а службова особа усвідомлює, що одержує його від декількох осіб.

Одержання службовою особою в декілька прийомів одного хабара за виконання чи невиконання дій, обумовлених із тим, хто його дає, потрібно розглядати як продовжуваний злочин. Кваліфікувати такі дії за ознакою повторності не можна.

Одержання й давання хабара не можуть кваліфікуватись як вчинені повторно у випадках, коли:

судимість за раніше вчинений злочин знята або погашена в передбаченому законом порядку;

на момент вчинення особою нового злочину минули строки давності притягнення її до відповідальності за раніше вчинений злочин;

особа була звільнена від відповідальності за раніше вчинений злочин у встановленому законом порядку.

16. Відповідно до ч. 2 ст. 28 КК хабар належить визнавати одержаним за попередньою змовою групою осіб, якщо злочин спільно вчинили декілька службових осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до його початку, про це домовилися (як до, так і після надходження пропозиції про давання хабара, але до його одержання).

Співвиконавцями слід вважати службових осіб, що одержали хабар за виконання чи невиконання дій, які кожна з них могла або повинна була виконати з використанням службового становища. Для кваліфікації одержання хабара як вчиненого за попередньою змовою групою осіб не має значення, як були розподілені ролі між співвиконавцями, чи всі вони повинні були виконувати або не виконувати дії, обумовлені з тим, хто дав хабар, чи усвідомлював він, що в одержанні хабара беруть участь декілька службових осіб. Злочин вважається закінченим з моменту, коли хабар прийняв хоча б один із співвиконавців.

Розмір одержаного групою осіб хабара визначається загальною вартістю одержаних цінностей чи послуг. Якщо хабар одержано у великому або особливо великому розмірі, кожен із співучасників злочину, якому про це було відомо, несе відповідальність за одержання хабара за таких кваліфікуючих обставин, навіть якщо розмір одержаного ним особисто не є великим або особливо великим.

Службова особа, яка одержала хабар без попередньої домовленості з іншою службовою особою, а після цього передала тій його частину, несе відповідальність за сукупність злочинів — одержання й давання хабара.

17. Згідно з п. 4 примітки до ст. 368 КК вимаганням хабара визнається його вимагання службовою особою з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або умисне створення нею умов, за яких особа вимушена дати хабар з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

У випадках, коли особа, незважаючи на вчинення щодо неї дій, спрямованих на те, щоб примусити її дати хабар, з тих чи інших причин цього не зробила, дії службової особи, яка його вимагала, залежно від конкретних обставин справи належить кваліфікувати як готування до одержання хабара шляхом вимагання чи як замах на вчинення цього злочину.

18. Відповідно до п. 2 примітки до ст. 368 КК службовими особами, які займають відповідальне становище, є особи, зазначені в п. 1 примітки до ст. 364, посади яких згідно зі ст. 25 Закону України від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII «Про державну службу» віднесені до третьої, четвертої, п'ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади і управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, зазначені в ч. 1 ст. 9 названого

Закону, та особи, посади яких згідно зі ст. 25 цього Закону віднесені до першої і другої категорій.

Наведені переліки є вичерпними і поширювальному тлумаченню не підлягають.

Висновок суду про те, що службова особа займала відповідальне чи особливо відповідальне становище, повинен бути належним чином мотивований.

19. Кваліфікуючі ознаки, які свідчать про підвищену суспільну небезпечність одержання чи давання хабара (вимагання, великий або особливо великий розмір хабара, відповідальне чи особливо відповідальне становище службової особи, яка його одержала), належить ставити за вину і співучасникам, якщо ці ознаки охоплювалися їхнім умислом.

20. Дії особи, яка одержала один хабар за наявності ознак, передбачених і ч. 2, і ч. 3 ст. 368 КК, мають кваліфікуватися лише за ч. 3 даної статті. При цьому в мотивувальній частині вироку необхідно зазначати всі кваліфікуючі ознаки злочину.

21. Звільнення особи, яка дала хабар, від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених ч. 3 ст. 369 КК, не означає, що в її діях немає складу злочину.

У зв'язку з цим вона не може визнаватися потерпілим і претендувати на повернення предмета хабара.

Судам слід мати на увазі, що добровільною вважається усна чи письмова заява в органи внутрішніх справ, прокуратуру, інший державний орган, наділений правом порушувати кримінальну справу, зроблена з будь-яких мотивів, але не у зв'язку з тим, що про даний хабар стало відомо органам влади чи компетентним службовим особам.

Установивши, що особа, яка дала хабар, звільнена від кримінальної відповідальності незаконно (зокрема, що хабар у неї не вимагали або вона заявила про даний хабар у зв'язку з тим, що про цей злочин стало відомо органам влади), суд за наявності клопотання прокурора повинен вжити передбачених ст. 278 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) заходів до притягнення її до відповідальності.

Такі ж заходи мають вживатись у разі виявлення фактів звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 369 КК організаторів, пособників, підбурювачів, оскільки на цих осіб зазначений закон не поширюється.

22. У діях особи, яка у зв'язку з вимаганням у неї хабара, перше ніж його дати, звернулась до органів влади з метою викрити вимагача, складу злочину немає. Тому її необхідно звільняти від відповідальності на підставі не ч. 3 ст. 369 КК, а п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК. Гроші та інші цінності, які ця особа передала як хабар з метою викрити вимагача, належить повертати законному власнику на підставі п. 5 ч. 1 ст. 81 КПК.

23. Свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування чи одержання хабара, з метою викрити того, хто

його дав або одержав (провокація хабара), є закінченим злочином з моменту вчинення зазначених дій незалежно від того, чи було дано або одержано хабар.

Якщо з тією ж метою службова особа організувала давання чи одержання хабара, підбурювала до цього того, хто його дав чи одержав, або сприяла їм у цьому, її дії слід розцінювати ще й як співучасть у хабарництві та додатково кваліфікувати за відповідними частинами статей 27 і 369 чи статей 27 і 368 КК.

Те, що давання або одержання хабара відбулось у зв'язку з провокацією, не виключає відповідальності того, хто його дав або одержв.

24. Предмет хабара на підставі п. 4 ст. 81 КПК має передаватися в доход держави.

Якщо майно, передане як хабар, не знайдено, безпідставно придбане належить стягувати в доход держави на підставі ст. 470 Цивільного кодексу України. При цьому слід враховувати офіційні дані Державного комітету статистики України про показники рівня інфляції і за необхідності відповідно збільшувати суму, яка підлягає стягненню.

У випадках, коли вартість речей, які були предметом хабара, на час розгляду справи змінилася, розмір грошової суми, що підлягає стягненню, повинен визначатися за новими цінами.

25. При розгляді справ про хабарництво судам необхідно додержувати вимог закону про індивідуалізацію покарання. Слід брати до уваги, що згідно зі ст. 12 КК злочини, передбачені ч. 2 ст. 368 і ч. 2 ст. 369 КК, є тяжкими, ч. 3 ст. 368 КК — особливо тяжкими і що основне покарання за ті й інші може бути призначено лише у виді позбавлення волі. Відповідно до санкцій частин 1, 2, 3 ст. 368 КК застосування до винних в одержанні хабарів додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, а в одержанні хабарів за обтяжуючих обставин — і конфіскації майна є обов'язковим. Незастосування цих основного й додаткових покарань можливе лише за наявності підстав, передбачених ст. 69 КК.

26. Відповідно до вимог ст. 23 КПК суди в кожній справі про хабарництво повинні з'ясовувати причини вчинення злочинів та умови, які сприяли цьому, і реагувати на них окремими ухвалами (постановами).

Суд також має окремою ухвалою (постановою) порушувати перед компетентними органом чи службовою особою питання про позбавлення особи, яка дала хабар, незаконно одержаних за нього благ, пільг чи переваг.

27. Судовій палаті у кримінальних справах, Військовій судовій колегії Верховного Суду України, апеляційним судам належить систематично вивчати стан виконання законодавства про відповідальність за хабарництво, спрямовуючи судову практику на правильне застосування законодавства.

28. Визнати такою, що втратила чинність, постанову Пленуму Верховного Суду України від 7 жовтня 1994 р. № 12 «Про судову практику в справах про хабарництво».

Голова Верховного Суду України В. Т. Маляренко

Секретар Пленуму
Верховного Суду України І. П. Домбровський

Судова практика розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення

(Витяг)

У Верховному Суді України проаналізовано судову практику розгляду справ про корупційні правопорушення, умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками, а також застосування виборчого законодавства у розгляді кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення.

Судовою палатою у кримінальних справах Верховного Суду України проведено аналізи судової практики «Судова практика застосування антикорупційного законодавства при розгляді справ про корупційні правопорушення», «Судова практика розгляду кримінальних справ про умисне вбивство з кваліфікуючими ознаками» та «Застосування судами законодавства у розгляді кримінальних справ про злочини проти виборчих прав і свобод людини та громадянина, передбачені статтями 157-160 КК України, та справ про адміністративні правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення, передбачені статтями 212^{7} – 212^{20} КУпАП», обговорено та схвалено на засіданні палати.

Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» в дії

Проведене вивчення судової практики показало, що судді в основному правильно застосовують норми чинного законодавства з цього питання.

Водночас мало місце різне розуміння нормативних понять, що призводило до неоднакового їх застосування. Наприклад, неоднозначно тлумачилися положення про відповідальність за порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, відповідальність за порушення вимог фінансового контролю, що негативно впливає на якість правозастосовної діяльності.

До кримінальної відповідальності за вчинення корупційного діяння нерідко притягаються особи, які не є його суб’єктом, або в їх діях відсутня корупційна складова і вони підлягають притягненню до кримінальної відповідальності на загальних підставах за вчинення службових злочинів.

Аналіз судової практики висвітлив проблему правильності розмежування кримінально караного та адміністративного правопорушення, що мають подібні кваліфікуючі ознаки.

У деяких випадках судді не досліджують належним чином обставини справи та наявні докази або дають їм неправильну правову оцінку, що зумовлює як безпідставне притягнення осіб до відповідальності, так і закриття провадження у справі. Викликає зауваження і якість окремих судових вироків та постанов у цих справах, їх обґрунтованість та визначеність корупційної складової в діях особи тощо.

Аналіз судової практики також засвідчив, що корупційні правопорушення вчинялися переважно в сферах діяльності органів місцевого самоврядування та державної влади, юридичних осіб публічного права. До відповідальності

притягалися переважно керівники і спеціалісти державних структур середньої та нижчої ланки (сільські голови, секретарі сільських рад, викладачі навчальних закладів, медичні працівники і под.). Серед суб'єктів переважали особи, які вчинили так звану «соціальну» корупцію, тобто отримували неправомірну вигоду за незаконне надання довідки, лікарняного листка, успішне складання іспитів студентами, виділення земельної ділянки, надання приміщення в оренду та ін.

Загалом аналіз показав, що застосування судами антикорупційного законодавства у розгляді справ про корупційні правопорушення, зважаючи на незначний строк дії Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» № 3206- VI від 7 квітня 2011 р. та інших пов'язаних з цим Законом законодавчих та нормативних актів, знаходиться на стадії формування.

Судова практика розгляду кримінальних справ про службові злочини з ознаками корупційних діянь (статті 364, 365 та 368 Кримінального кодексу України), а також справ про адміністративну відповідальність за порушення вимог Закону від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією»*

(Витяг)

На виконання Указу Президента України від 17 квітня 2008 р. № 370/2008 «Про Міжвідомчу робочу групу з питань протидії корупції» з метою координації заходів з протидії та запобігання корупції в державі Верховним Судом України проведено вивчення та узагальнення судової практики розгляду кримінальних справ про службові злочини з ознаками корупційних діянь (статті 364, 365 та 368 Кримінального кодексу України (далі — КК)), а також справ про адміністративну відповідальність за порушення Закону від 5 жовтня 1995 р. № 356/95-ВР «Про боротьбу з корупцією» (далі — Закон № 356/95-ВР).

У процесі узагальнення проаналізовано відповідні статистичні дані, вивчено 123 адміністративні справи та справи, розглянуті районними (міськими) судами у 2007 р.—І кварталі 2008 р., судові рішення за якими набрали законної сили. За завданням Верховного Суду України Апеляційним судом АР Крим, апеляційними судами областей, міст Києва і Севастополя, військовими апеляційними судами також проведені узагальнення розгляду таких справ, що використані при проведенні цього узагальнення.

Найбільш небезпечними з корупційних правопорушень є правопорушення кримінального характеру — корупційні злочини.

У чинному кримінальному законодавстві поняття «корупцйні злочини» не вживається. Злочин з ознаками корупційних діянь не є самостійним видом

* Узагальнення підготовлено суддею Верховного Суду України М. І. Грицівим, начальником відділу узагальнення судової практики управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України Л. В. Гавриловою, головним консультантом цього відділу О. С. Іщенко, старшим консультантом відділу судової статистики О. М. Колянчук.

злочину, оскільки такі ознаки можуть проявлятися у багатьох видах злочинної поведінки.

Крім того, суб'єктами злочинів, відповідальність за які передбачена розд. XVII чинного КК «Злочини у сфері службової діяльності» і які можуть мати ознаки корупції, можуть бути як особи, вказані в ст. 2 Закону № 356/95-ВР, так і інші посадові особи.

Саме через це немає достатньо обґрунтованих підстав відносити такі злочини до категорії корупційних та вести відповідну статистику.

Узагальнення засвідчило, що основними видами службових злочинів з ознаками корупційних діянь були злочини, склад яких передбачено ст. 368 КК, тобто одержання хабара.

Дії засуджених в основному мали ознаки корупційних діянь, наведених у п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР, а саме незаконне одержання матеріальних благ особою, уповноваженою на виконання функцій держави, у зв'язку з виконанням таких функцій.

Розглядаючи кримінальні справи, суди керувалися вимогами чинного кримінального, кримінально-процесуального законодавства, а також нормами і положеннями Закону № 356/95-ВР, Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ратифіковані Україною у 2006 р.).

Суди також враховували роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, що наведені в постановах від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», від 25 травня 1998 р. № 13 «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією».

Згідно із Законом № 356/95-ВР суб'єктами корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних з корупцією, можуть бути особи, уповноважені на виконання функцій держави, а саме: державні службовці, депутати всіх рівнів, сільські, селищні, міські голови та голови районних і обласних рад, військовослужбовці (крім тих, що проходять строкову службу), та інші особи, які згідно з чинним законодавством притягаються до відповідальності за адміністративні правопорушення на підставі положень дисциплінарних статутів.

Крім названих осіб, суб'єктами корупційних правопорушень можуть бути судді, прокурори, слідчі, особи рядового й начальницького складу органів внутрішніх справ, співробітники служби безпеки, посадові особи податкової адміністрації та податкової міліції, митної служби й інших правоохоронних органів, перелічених у ч. 1 ст. 2 Закону від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», а також працівники апарату суду, прокуратури й інших зазначених органів, уповноважені на виконання функцій держави.

Під час проведення узагальнення основну увагу зверталося на кримінальні справи, суб'єктами у яких були особи, зазначені вище.

Найчастіше суб'єктами корупційних злочинів були посадові особи місцевого самоврядування — сільські голови.

Для таких злочинів характерна наявність безпосереднього зв'язку між вчиненим особою діянням та посадою, яку вона обіймає, чи службовою діяльністю, яку здійснює, тобто суспільно небезпечне діяння безпосередньо зумовлене використанням службового становища суб'єктом, який вчиняє злочин.

Як свідчать матеріали, надані апеляційними судами, а також аналіз кримінальних справ, що надійшли на узагальнення, досудове слідство в більшості випадків проведено на належному рівні.

У таких справах було повно встановлено об'єктивну сторону складу злочину та сформульовано обвинувачення. При цьому у справах простежується розуміння слідчими того, що обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочинів цієї категорії є зумовленість протиправного діяння використанням службового становища суб'єктом та вчинення його всупереч інтересам служби.

В узагальненнях більшості апеляційних судів зазначається, що у постановах про притягнення до кримінальної відповідальності містяться посилання на конкретні ознаки корупційних діянь, наведених у ст. 1 Закону № 356/95-ВР. Проте вивчення надісланих до Верховного Суду України кримінальних справ спростовує це твердження. У жодній кримінальній справі немає посилання на зазначений Закон, а особи притягувалися до кримінальної відповідальності на загальних підставах за вчинені службові злочини.

Крім того, всі перевірені справи про службові злочини, склад яких передбачено статтями 364 та 365 КК, фактично не є справами про корупційні діяння, тому що не мають ознак таких діянь, перелічених у ст. 1 Закону № 356/95-ВР (одержання матеріальних благ, послуг, переваг, кредитів, позичок та ін.).

Наприклад, Хмельницький міськрайонний суд однойменної області вироком від 18 липня 2007 р. засудив Б. за ч. 2 ст. 365 КК за те, що він, працюючи на посаді дільничного інспектора міліції відділення дільничних інспекторів міліції Південно-Західного ВМ Хмельницького МВ УМВС України в Хмельницькій області, і маючи спеціальне звання лейтенант, будучи службовою особою, яка здійснює функції представника влади, допустив перевищення наданих йому Законом від 20 грудня 1990 р. № 565-XII «Про міліцію» повноважень, що супроводжувалося насильством з його боку. Так, перебуваючи 14 вересня 2006 р. о 20-й годині в кімнаті чергового вахтера Хмельницького професійного ліцею № 8 і проводячи бесіду з неповнолітнім учнем Г. щодо вживання наркотиків, для одержання потрібних йому відповідей на свої питання з цього приводу, умисно завдав потерпілому удар кулаком в груди, чим спричинив йому фізичний біль.

Інший приклад. *Сихівський районний суд м. Львова вироком від 18 березня 2008 р. визнав винною П. у тому, що вона, працюючи на посаді начальника відділу реєстрації та обліку платників податків ДПІ у Шевченківському районі м. Львова, видалила з автоматизованої інформаційної системи «Реєстр платників податків» дані щодо рахунку ПП «Галицькі страви», відкритого в Львівській філії АБ «Банк регіонального розвитку», через який протягом 2005—2006 рр. здійснювався рух коштів, а саме: мало місце надходження коштів на*

загальну суму 5 млн 856 тис. 369 грн. Потім з метою не допустити проведення перевірки фінансово-господарської діяльності ПП «Галицькі страви», сприяння власникам підприємства в швидкому припиненні діяльності та зняття його з обліку як платника податків П. подала до відділу контрольно-перевірочної роботи ДПІ службовий допис, який містив недостовірні дані про рахунки ПП «Галицькі страви», а саме замість трьох наявних поточних розрахункових рахунків ПП «Галицькі страви» (у львівських філіях КБ «ПриватБанк», КБ «Укрсоцбанк» та АБ «Банк регіонального розвитку») вказала лише про два з них (у «ПриватБанку» та «Укрсоцбанку»), через які рух коштів у 2005—2006 рр. не здійснювався. На підставі поданого П. службового допису керівництвом ДПІ було прийнято рішення про недоцільність проведення перевірки фінансово-господарської діяльності ПП «Галицькі страви» у зв'язку з її відсутністю. Внаслідок дій П. від ПП «Галицькі страви» до державного бюджету не надійшло обов'язкових платежів на загальну суму 1 млн 150 тис. 393 грн. Вироком суду П. засуджена за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 212, ч. 3 ст. 362, ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 366 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в органах державного контролю строком на один рік два місяці. На підставі ст. 75 КК П. звільнено від відбування покарання з випробуванням строком на один рік. Вирок не оскаржено.

У цій справі та інших щодо вчинення суб'єктами злочинів, склад яких передбачено ст. 364 КК, у формулюванні обвинувачення слідчими та судами нерідко вказуються такі ознаки диспозиції зазначеної статті, як корисливий мотив чи інші особисті інтереси, але у справах не розкриваються дії, які б свідчили про такі мотиви чи особисті інтереси, і які б давали право вважати ці злочини корупційними та такими, що пов'язані з корупцією. Такі недоліки зумовлені, на нашу думку, неповним або неякісним досудовим та судовим слідством у справах. Це також свідчить про те, що в уповноважених органів та суддів виникають труднощі при визначенні того, чи є це корупційним діянням, чи правопорушенням, пов'язаним з корупцією, і в більшості випадків вони беруть до уваги тільки факт наявності будь-яких порушень правил чи норм, допущених суб'єктом корупційних діянь. Тому вважати, що такі справи належать до категорії тих, які пов'язані з корупцією, не можна.

Подібних прикладів у надісланих узагальненнях та кримінальних справах багато. Водночас у них немає прикладів засудження осіб за статтями 364, 365 КК — за дії, пов'язані з одержанням винними особистої матеріальної вигоди (матеріальних благ, пільг або інших переваг), тобто за корупційні діяння. Також не було порушено кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено статтями 364, 365 КК, пов'язаних з корупційними діяннями, тобто з порушенням вимог закону про спеціальні обмеження щодо державних службовців та інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави, про фінансовий контроль та про невжиття заходів щодо боротьби з корупцією.

Основним критерієм для віднесення службових злочинів до корупційних є те, що суб'єкт службового злочину повинен мати ознаки, які є характерними для суб'єктів корупційних діянь, визначених у Законі № 356/95-ВР. Додатковим — є вчинення умисних дій, спрямованих на протиправне використання свого

посадового становища, отримання від цього певних благ та переваг чи надання таких переваг іншим особам.

Взявши до уваги ці критерії, є підстави стверджувати, що із матеріалів та справ, надісланих апеляційними судами, під ознаки кримінально-караного корупційного діяння підпадають лише справи про злочини, склад яких передбачено ст. 368 КК (хабарництво).

Вивчення матеріалів узагальнень, що надійшли від апеляційних судів, та надісланих ними справ свідчить про те, що корупційні дії хабарників були пов'язані з отриманням ними як хабара грошових коштів, побутової техніки, меблів, автомобілів тощо.

Найбільш характерними діяннями, що визнані злочинами, які містять ознаки корупційних діянь, були дії службових осіб у сфері управлінської діяльності.

Перевірені справи та матеріали свідчать, що більшість з них були порушені обґрунтовано, але мають місце непоодинокі випадки, коли обвинувачення пред'являлося без урахування особливостей суб'єкта злочину**.**

Відповідно до п. 2 примітки до ст. 368 КК службовими особами, які займають відповідальне становище, є особи, зазначені в п. 1 примітки до ст. 364 КК, посади яких згідно зі ст. 25 Закону від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII «Про державну службу» (далі — Закон № 3723-XII) віднесені до третьої, четвертої, п'ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, зазначені в ч. 1 ст. 9 названого Закону, та особи, посади яких згідно зі ст. 25 цього Закону віднесені до першої і другої категорій.

На практиці мають місце порушення вказаних вимог чинного законодавства.

Так, прокурор Куйбишевської міжрайонної прокуратури Запорізької області порушив кримінальну справу стосовно голови Новоукраїнської сільської ради Куйбишевського району Запорізької області Б. Справу порушено за ч. 2 ст. 368 КК за ознакою вчинення злочину посадовою особою, яка займає відповідальне становище, поєднане з вимаганням хабара. Слідчий прокуратури, який проводив досудове слідство у цій справі, без відповідного обґрунтування та законних підстав перекваліфікував дії Б. на ч. 1 ст. 368 КК, хоча відповідно ст. 25 Закону № 3723-XII сільський голова належить до службових осіб, що займають відповідальне становище, тому необхідно кваліфікувати дії такої особи за ч. 2 ст. 368 КК. У суд справа стосовно Б. надійшла за ч. 1 ст. 368 КК з обвинувальним висновком і за результатами розгляду була закрита на підстав акта амністії.

Таким же чином органи досудового слідства (старший слідчий прокуратури Жовтневого району м. Запоріжжя та слідчий з особливо важливих справ прокуратури м. Запоріжжя) кваліфікували дії відповідно Б., яка одержала хабар, будучи головним спеціалістом відділу з контролю за якістю продовольчих і непродовольчих товарів Запорізького обласного

управління у справах захисту прав споживачів, С., який одержав хабар, працюючи начальником сектора з питань наглядово-профілактичної діяльності Вільнянського районного відділу Головного управління МНС України у Запорізькій області. Дії зазначених осіб, які займали відповідальне становище, мали бути кваліфіковані не за ч. 1, а за ч. 2 ст. 368 КК. Обидві справи суди закрили на підставі акта амністії.

У судовій практиці розгляду кримінальних справ щодо хабарників трапляються випадки неправильного застосування норм матеріального права при встановленні органами досудового слідства та судом такої кваліфікуючої ознаки злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368 КК, як одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальне становище.

Так, вироком Красноперекопського міськрайонного суду АР Крим К. засуджений за ч. 2 ст. 368 та ч. 1 ст. 366 КК. Колегія суддів Апеляційного суду АР Крим, розглянувши справу за апеляцією засудженого, змінила вирок у частині засудження К. за ч. 2 ст. 368 КК і вказала в ухвалі, що факт одержання К.Є. від К.Р. хабара у вигляді домашнього кінотеатру вартістю 5 тис. 379 грн сумнівів не викликає. Разом з тим колегія суддів дійшла висновку про те, що така кваліфікуюча ознака, як одержання хабара особою, яка займає відповідальне становище, в діях засудженого відсутня, оскільки посада оперуповноваженого відділу оперативних заходів із скорочення податкового боргу головного відділу податкової міліції Красноперекопської об'єднаної державної податкової міліції, яку обіймав К., прирівняна до шостої категорії державних службовців за Законом № 3723-XII, тобто він не є особою, яка займає відповідальне становище. Крім того, колегія суддів визнала недоведеним факт вимагання засудженим хабара. Враховуючи наведене, колегія суддів перекваліфікувала дії засудженого К. з ч. 2 на ч. 1 ст. 368 КК.

Трапляються випадки неправильної кваліфікації дій засуджених, пов'язані з неправильним визначенням розміру хабара.

Так, Центральний районний суд м. Сімферополя вироком від 8 січня 2008 р. засудив Л. за вчинення кількох злочинів, у тому числі за злочин, склад якого передбачено ч. 3 ст. 368 КК. Колегія суддів Апеляційного суду АР Крим змінила вирок, перекваліфікувавши дії засудженого з ч. 3 на ч. 2 ст. 368 КК, і в ухвалі зазначила, що суд першої інстанції визнав Л. винним в одержанні хабара у вигляді автомобіля «Хонда-Аккорд» вартістю 7 тис. 500 доларів США, що за курсом НБУ становило 39 тис. 750 грн., а це не є особливо великим розміром.

Загалом у більшості справ вказаної категорії простежується тенденція до автоматичного перенесення формулювання обвинувачення, пред'явленого особі органами досудового слідства, в мотивувальну частину вироку або постанови про закриття справи, причому з тими ж помилками і неточностями, які допустили органи досудового слідства.

Узагальнення засвідчило, що суди в основному дотримуються правових підстав та встановленого кримінально-процесуальним законом порядку звільнення осіб від кримінальної відповідальності.

Проте деякі суди все ж допускають порушення закону.

Наприклад, при звільненні Б. від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 368 КК у зв'язку зі зміною обстановки та закриваючи справу, Київський районний суд м. Полтави не обговорював питання про можливість застосування до нього ст. 7 КПК, не роз'яснив підсудному які можуть бути наслідки від звільнення від кримінальної відповідальності внаслідок зміни обстановки, тобто з нереабілітуючих підстав, не вмотивував своє рішення в чому ж конкретно полягала зміна обстановки і чому вона призвела до втрати суспільної небезпечності вчиненого діяння. Цю постанову районного суду скасував апеляційний суд з направленням справи на новий судовий розгляд.

У практиці судів різних областей є випадки закриття справ щодо хабарників з переданням їх на поруки колективу організацій, установ, де вони працюють, що, на нашу думку, зводить нанівець мету покарання.

Хоча законодавчої заборони на такі рішення судів немає, судам при вирішенні питання про звільнення від кримінальної відповідальності хабарників з переданням їх на поруки колективам за місцем роботи слід враховувати особливий статус осіб, викритих в одержанні хабара, та мету покарання за такі злочини — запобігання злочинним проявам хабарництва.

Багато справ про злочини, склад яких передбачено ч. 1 ст. 368 КК, закриті судами на підставі актів про амністію.

Наприклад, постановою Слов'янського міськрайонного суду Донецької області кримінальну справа щодо Ч., обвинуваченого у вчиненні злочину, склад якого передбачено ч. 1 ст. 368 КК, закрито на підставі Закону від 19 квітня 2007 р. № 955 «Про амністію».

Згідно з постановою Ч. обвинувачувався в тому, що він, працюючи санітарним лікарем Слов'янської міжрайонної санітарно-епідеміологічної станції, виявивши при перевірці на місцевому ринку порушення санітарних норм у продавця Б., отримав від неї хабар в розмірі 600 грн за те, що не притягнув її до адміністративної відповідальності за виявлені порушення.

Узагальнення свідчить, що мають місце випадки необґрунтованої зміни прокурором в порядку ст. 277 КПК обвинувачення, що було пред'явлене особі за ст. 368 КК, на обвинувачення у вчиненні менш тяжкого злочину, що призводить до неправильного призначення покарання та ухилення винної особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

Згідно з чинним кримінально-процесуальним законодавством суд розглядає справи в межах пред'явленого обвинувачення і не може ініціювати зміну обвинувачення на більш тяжкий злочин, хабародавець у таких справах не має статусу потерпілого і не може підтримувати попереднє обвинувачення, а прокурори, які беруть участь у розгляді справи судом першої інстанції, не реагують належним чином на неправильну кваліфікацію дій особи, а то й самі орієнтують суд на неправильну кваліфікацію дій винної особи.

Наприклад, Путильський районний суд Чернівецької області постановою від 21 травня 2007 р. закрив кримінальну справу стосовно В. за ч. 1 ст. 190 КК на підставі ст. 48 КК і звільнив його від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки.

Органи досудового слідства пред'явили В. обвинувачення за ч. 2 ст. 368 КК в тому, що він, працюючи начальником Чернівецького обласного управління лісового господарства, у червні—серпні 2004 р. одержав у приватного підприємця Б. хабар у виді меблів загальною вартістю 12 тис. грн за виділення лісової ділянки.

Допитані як свідки Б. та його дружина (потерпілими вони не визнавалися) підтвердили факт передачі В. хабара. Цей факт також підтвердили інші свідки у справі.

У судовому засіданні прокурор безпідставно змінив обвинувачення В. з ч. 2 ст. 368 КК на ч. 1 ст. 190 КК, внаслідок чого йому фактично вдалося уникнути відповідальності за вчинений злочин і він продовжує працювати на керівній посаді.

Викликає сумніви і кваліфікація дій заступника генерального директора державного підприємства «Чернівецький регіональний науково-виробничий центр стандартизації, метрології та сертифікації» С., засудженого за ч. 1 ст. 368 КК до штрафу в розмірі 12 тис. 750 грн.

У судовому засіданні свідок К. підтвердив, що засуджений вимагав у нього 2 тис. доларів США і він їх йому передав, попередньо звернувшись в правоохоронні органи з метою викриття С. як вимагача хабара. Факт одержання С. хабара шляхом вимагання підтвердили в судовому засіданні й інші свідки.

Незважаючи на це, прокурор змінив засудженому обвинувачення з ч. 2 ст. 368 на ч. 1 ст. 368 КК.

Крім того, у цій справі суд без посилання на ст. 69 КК не призначив С. додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, внаслідок чого засуджений залишився працювати на посаді, завдяки якій отримав хабар.

Неякісно проведене досудове слідство також ставало підставою для виправдання осіб, притягнутих до відповідальності за одержання хабара.

Так, Калінінський районний суд м. Донецька вироком від 9 січня 2008 р. виправдав К., обвинуваченого у вчиненні злочину, склад якого передбачено ч. 2 ст. 368 КК, у зв'язку з недоведеністю його участі у вчиненні злочину.

Ухвалою судової колегії в кримінальних справах Апеляційного суду Донецької області вирок суду залишено без зміни, а апеляцію прокурора — без задоволення.

Орган досудового слідства обвинувачував К. в тому, що він, будучи дільничним інспектором міліції Калінінського РВ Донецького МВ УМВС України, 2 та 9 жовтня 2006 р. у приміщенні райвідділу міліції отримав від П. хабар у розмірі 500 доларів США (2 тис. 525 грн), згодом ще 900 грн і 100 доларів США за припинення заходів, спрямованих на притягнення її брата до кримінальної відповідальності.

Суд дійшов висновку про недоведеність вини К. у зв'язку з відсутністю доказів, які б підтверджували його винність у вчиненні інкримінованого злочину, і невизнанням доказів, які є у справі, такими, що отримані відповідно до вимог закону.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду, перевіряючи справу за апеляцією прокурора, погодилася з таким висновком суду першої інстанції і залишила вирок без змін, оскільки докази, які орган досудового слідства поклав в основу обвинувального вироку, були отримані з порушенням вимог кримінально-процесуального законодавства, а саме — мало місце збирання доказів некомпетентною особою, без відповідного доручення слідчого і до порушення кримінальної справи.

Згідно з вивченими кримінальними справами та за даними узагальнень, надісланих апеляційними судами, у переважній більшості випадків суди загалом дотримувалися встановлених законом строків розгляду справ зазначеної категорії; перевищення строків розгляду справ понад три місяці мали місце з об'єктивних причин.

Наприклад, кримінальна справа щодо З. та Д., які обвинувачувалися за ч. 2 ст. 368 КК, перебувала у провадженні Хортицького районного суду м. Запоріжжя на розгляді більше року (з 26 липня 2006 р. по 6 вересня 2007 р., коли був постановлений обвинувальний вирок). Справа неодноразово відкладалася з об'єктивних причин — у зв'язку з неявкою свідків, потерпілих, хворобою захисника тощо.

Справу щодо Б., обвинуваченого за ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 368 КК, Куйбишевський районний суд Запорізької області розглядав протягом шести місяців, з 1 червня по 3 грудня 2007 р.; її було закрито на підставі акта амністії, що було можливе ще при попередньому розгляді справи 11 червня 2007 р.

Апеляційні суди окремими ухвалами реагують на випадки тяганини з боку місцевих судів при розгляді справ про хабарництво.

Так, 29 січня 2008 р. колегія судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду АР Крим скасувала постанову місцевого суду про направлення на додаткове розслідування кримінальної справи щодо Б., звинуваченого у вчиненні злочинів, склад яких передбачено ч. 1 ст. 368 та ч. 1 ст. 366 КК. В окремій ухвалі колегія суддів звернула увагу на те, що суд першої інстанції неодноразово безпідставно відкладав розгляд справи, що призвело до невиправдано тривалого її розгляду (понад 11 місяців).

За результатами вивчення питання щодо призначення покарання особам, засудженим за хабарництво, слід зробити такий висновок.

Загалом суди додержуються вимог розд. XI Загальної частини КК, ст. 65 цього Кодексу та враховують положення, викладені у постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (далі — постанова Пленуму від 24 жотня 2003 р. № 7). Суди враховують усі обставини справи, ступінь тяжкості вчиненого злочину, дані про особу винного, його поведінку, наявність не знятих чи не погашених судимостей, матеріальний стан та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Вивчення кримінальних справ та матеріалів засвідчило, що загалом апеляційні суди при розгляді апеляцій прокурора або засудженого у справах про хабарництво при перегляді справ дотримуються вимог закону. У випадку

невідповідності призначеного покарання вимогам ст. 65 КК постановляють нові вироки з призначенням більш суворого покарання.

Так, Дніпровський районний суд м. Херсона однойменної області вироком від 21 березня 2007 р. визнав Н. винним у тому, що він, працюючи дільничним інспектором міліції Дніпровського ВМ м. Херсона, будучи представником влади, проводячи дізнання, вимагав та отримав хабар від О. в сумі 2 тис. 500 грн за прийняття рішення про відмову в порушенні кримінальної справи стосовно нього за матеріалами заяви К. про спричинення тілесних ушкоджень. Вироком суду Н. засуджено за ч. 2 ст. 368 КК і призначено покарання у виді позбавлення волі строком на п'ять років з позбавленням права працювати в правоохоронних органах стром на два роки. На підставі статей 75 та 76 КК його звільнено від відбування основного покарання з іспитовим строком у два роки і покладено на нього певні обов'язки.

Колегія суддів судової падати у кримінальних справах Апеляційного суду Херсонської області, розглянувши справу за апеляцією прокурора про скасування вироку у зв'язку з м'якістю призначеного судом покарання, вирок щодо Н. скасувала і постановила новий вирок, яким призначила Н. покарання за ч. 2 ст. 368 КК у виді позбавлення волі строком на п'ять років з відбуванням покарання в кримінально-виконавчій установі з позбавленням права працювати в правоохоронних органах строком на два роки з конфіскацією всього майна, що належить йому на праві приватної власності. Запобіжний захід змінено з підписки про невиїзд на взяття під варту.

Своє рішення колегія суддів мотивувала тим, що суд першої інстанції, приймаючи рішення про звільнення Н. від відбування покарання, не надав правової оцінки ступеню тяжкості та характеру суспільної небезпечності вчиненого ним злочину, а саме — «суд не врахував, що засуджений своїми злочинними діями підриває авторитет органів державної влади, порушив конституційні права та свободи громадянина, його законні інтереси».

Інший приклад. *Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Тернопільської області скасувала вирок Борщівського районного суду і постановила свій вирок щодо У., яка засуджена за ч. 1 ст. 368 КК за те, що працюючи головою правління ВАТ «Борщівський райпостач», використовуючи службове становище, 23 лютого 2007 р. одержала від Б. хабара в розмірі 500 доларів США за те, що дозволила йому користуватися приміщенням складу на території товариства без оформлення договору оренди. Суд першої інстанції засудив У. за ч. 1 ст. 368 КК із застосуванням ст. 69 КК на один рік шість місяців позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій строком на один рік. Відповідно до ст. 75 КК її звільнено від відбування покарання з іспитовим строком на один рік.*

Скасовуючи вирок в частині призначеного покарання за апеляцією прокурора, апеляційний суд зазначив, що суд першої інстанції необґрунтовано та помилково застосував ст. 69 КК, тому що посилання суду на такі виняткові обставини, як стан здоров'я засудженої та її вдівство, є

обставинами, що характеризують засуджену, а не пом'якшують її вину. Вказівка ж у вироку на таку обставину, як сприяння розкриттю злочину, не відповідає матеріалам справи, з яких вбачається, що У. вину свою у вчиненні злочину не визнала, під час досудового слідства та в судовому засіданні давала свідчення, які не відповідали встановленим у справі обставинам. Крім того, у вироку суду першої інстанції не вказано від відбування якого саме покарання (основного чи додаткового) звільняється особа, що суперечить роз'ясненню, наведеному у п. 9 постанови Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 7.

Своїм вироком апеляційний суд засудив У. за ч. 1 ст. 368 КК до позбавлення волі на строк два роки. На підставі ст. 75 КК звільнив її від відбування основного покарання з випробуванням та іспитовим строком на один рік.

Апеляційний суд цієї ж області залишив без задоволення апеляції засудженого У. та його захисника про пом'якшення покарання і залишив без змін вирок Борщівського районного суду, яким У. засуджений за те, що він як сільський голова Щупарської сільської ради, тобто будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, 31 березня 2007 р. одержав хабара у вигляді мобільного телефону вартістю 950 грн від Л. за надання тому права користуватися приміщенням сільського будинку культури без оформлення договору оренди і сплати відповідних платежів. Вироком суду першої інстанції У. засуджено за ч. 2 ст. 368 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк два роки, без конфіскації майна. На підставі ст. 75 КК його звільнено від відбування основного покарання з випробуванням та іспитовим строком на два роки.

У судовій практиці досі трапляються випадки неправильного застосування кримінального закону при призначенні покарання засудженим особам, зокрема, застосування додаткового покарання у виді конфіскації майна у випадках призначення засудженим покарання із застосуванням ст. 75 КК.

Так, вироком Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська службові особи місцевого податкового органу Л. та Я. засуджені за ч. 2 ст. 368 КК за одержання хабара від приватного підприємця до покарання у виді позбавлення волі строком на п'ять років, з позбавленням права обіймати певні посади та конфіскацією майна кожного з них. До засуджених застосована ст. 75 КК. За апеляціями засуджених Апеляційний суд Дніпропетровської області вирок змінив, виключивши з нього рішення про застосування судом першої інстанції додаткового покарання — конфіскації майна, яке було застосовано, що є порушенням вимог ст. 77 КК.

Вирішуючи питання про призначення покарання, суди загалом правильно розуміють вимоги закону щодо призначення його у кожному окремому випадку з урахуванням всіх обставин, що впливають на його вид і міру.

З числа перевірених справ зазначеної категорії покарання призначались у межах санкції закону, за яким винну особу було засуджено. Покарання із застосуванням ст. 69 КК призначалися лише в поодиноких випадках.

Загалом у звітному періоді для практики призначення судами покарання характерне те, що лише в поодиноких випадках призначалося покарання, пов'язане з реальним позбавленням волі. Більшість покарнь призначалися із застосуванням ст. 75 КК, тобто суди звільняли засуджених від відбування основного покарання з випробуванням, або у виді штрафу, коли санкція статті передбачає таку можливість. Додаткові покарання у виді позбавлення права займати певні посади призначалися і підлягали виконанню. До засуджених, звільнених від відбування покарання, також застосовувалися норми ст. 76 КК. В окремих випадках суди застосовували ст. 69 КК разом із призначенням додаткового покарання у виді позбавлення права займати певні посади.

Це насамперед зумовлено тим, що суб'єктами таких видів злочинів є особи, які, як правило, раніше не притягалися до кримінальної або адміністративної відповідальності, мають позитивні характеристики та наявний ряд обставин, що пом'якшують покарання.

Окрім того, як засвідчив аналіз судової практики, здебільшого до суду надходять справи, в яких обвинувачені у вчиненні злочинів, які містять у собі ознаки корупційних діянь, це працівники контролюючих органів: податкової, санітарно-епідеміологічної, інспектори пожежної служби, які використовують надані їм службові повноваження для отримання матеріальної винагороди при перевірці ринків, кіосків, невеличких магазинів, об'єктів будівництва, і вартість незаконно отриманих ними матеріальних благ незначна.

При розгляді адміністративних матеріалів про вчинення корупційних правопорушень судді керуються вимогами Закону № 356/95-ВР, Кодексу про адміністративні правопорушення України (далі — КпАП) та роз'ясненнями, що надані у постанові Пленуму Верховного Суду України від 25 серпня 1998 р. № 13 «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією».

За Законом № 356/95-ВР корупційні правопорушення поділяються на корупційні діяння (пункти «а», «б» ст. 1) та інші правопорушення, пов'язані з корупцією, які поділяються на порушення спеціальних обмежень (ст. 5), порушення вимог фінансового контролю (ст. 6), невжиття заходів щодо боротьби з корупцією (ст. 10), умисне невиконання своїх обов'язків з боротьби з корупцією (ст. 11).

Як зазначено у ст. 12 Закону № 356/95-ВР, порядок адміністративного провадження у справах про корупційні діяння або інші правопорушення, пов'язані з корупцією, визначаються КпАП, за винятком положень, встановлених цим Законом.

Серед таких положень слід виділити особливий порядок виявлення ознак корупційного діяння, строки направлення справи до суду та її розгляд, а також можливість призупинення цих строків, підсудність таких справ тощо.

Разом з тим для провадження в таких справах притаманне застосування всіх основних положень, що визначені КпАП. У зв'язку з цим початком провадження в справі є складання протоколу на підставі проведених заходів для виявлення корупційного правопорушення, встановлення винної особи,

з'ясування всіх обставин, які мають значення для встановлення складу конкретного правопорушення.

Відповідно до ст. 12 Закону № 356/95-ВР підставою для складання протоколу є достатні дані, які свідчать про наявність у діянні особи ознак корупційного діяння або іншого правопорушення, пов'язаного з корупцією. Це означає, що орган, який веде боротьбу з корупцією, повинен додержуватися вимог ст. 245 КпАП, тобто своєчасно, всебічно, повно й об'єктивно з'ясовувати обставини діяння. У разі встановлення підстав, передбачених ст. 247 КпАП, за яких провадження у справі не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю — не складати протокол.

Поняття «достатність» щодо даних, які свідчать про наявність у діянні особи ознак корупційного правопорушення, є оціночною категорією. Питання про те, чи достатньо таких даних, у кожному конкретному випадку вирішує особа, уповноважена на складання протоколу. Але за будь-яких обставин це мають бути дані, які однозначно свідчать про те, що: 1) корупційне правопорушення мало місце; 2) його вчинено певною особою; 3) ця особа є суб'єктом корупційного правопорушення; 4) це правопорушення вчинено умисно; 5) наявні інші, передбачені Законом № 356/95-ВР ознаки корупційного правопорушення (наприклад, присутня мета незаконного одержання матеріальних благ).

Як засвідчило узагальнення, уповноважені на складання протоколу органи цих вимог закону в повній мірі не дотримуються і в багатьох випадках відкривають провадження в справах без достатніх на те підстав. Це підтверджується значною кількістю закритих суддями справ з підстав відсутності складу корупційного правопорушення.

Наприклад, стосовно П. — слідчого СВ Вознесенського МВ УМВС України в Миколаївській області — був складений протокол, згідно з яким він обвинувачувався в тому, що при розслідуванні кримінальної справи не ознайомив потерпілу з матеріалами справи і склав фіктивний лист про те, що вона повідомлена про закінчення слідства, тобто відмовив у наданні інформації.

Постановою судді Вознесенського міськрайонного суду від 11 лютого 2008 р. П. був визнаний винним у вчиненні правопорушення, передбаченого п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР і на нього накладено штраф в сумі 255 грн.

Постановою голови Апеляційного суду Миколаївської області постанова судді скасована з тих мотивів, що ненадання інформації, передбаченої ст. 217 КК, не утворює складу корупційного правопорушення.

Інший приклад. *Постановою Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області завідуюча відділом культури місцевої ради О. визнана винною у вчиненні правопорушення, склад якого передбачено п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР, а саме в тому, що уклала договір оренди нежилих приміщень між відділом культури і ЗАТ «Київстар» для розміщення контейнера з обладнанням та пристроями зв'язку. За це ЗАТ передало в користування відділу культури два телефони і щомісячно видавало скрейч-*

карти на суму 300 грн. Суддя наклав на О. адміністративне стягнення у виді штрафу в розмірі 425 грн.

Постановою Першого заступника Голови Верховного Суду України постанова місцевого судді була скасована, а матеріали справи направлені на новий судовий розгляд. При цьому зазначено, що мотивувальна частина постанови судді не містить формулювання суті правопорушення, визнаного судом доведеним, з викладенням конкретних доказів, а лише наведений зміст протоколу, який до того ж викладений нечітко, без наведення обставин, що мають істотне значення для правильного вирішення справи.

При новому розгляді справа була закрита у зв'язку з відсутністю в діях О. складу правопорушення.

Вивчення матеріалів узагальнення свідчить про те, що у разі відповідного оскарження зацікавленими особами постанов суддів місцевих судів у справах цієї категорії, більшість таких постанов скасовувалися судами вищих рівнів з аналогічних або подібних підстав.

Закон не встановлює особливих вимог щодо змісту протоколу про корупційне діяння, однак згідно з правилами ст. 12 Закону № 356/95-ВР складений протокол повинен відповідати всім вимогам ст. 256 КпАП.

У вступній частині протоколу обов'язково необхідно зазначити дату і місце його складання, повну назву посади особи, яка склала протокол, та підрозділу відповідного державного органу, в якому вона працює, відомості про особу порушника із зазначенням його дати народження, місця проживання, освіти та сімейного стану, місця роботи та займаної посади, рангу чи категорії державного службовця. Крім того, слід зазначити й інші дані, які впливають на розмір стягнення. Необхідно також вказати місце і час вчинення правопорушення.

У мотивувальній частині необхідно викласти суть корупційного правопорушення. При цьому доцільно чітко вказати, які діяння визнаються корупційними чи які спеціальні обмеження були порушені. Необхідно також кваліфікувати дії порушника з правильним посиланням на пункт, частину та статтю Закону № 356/95-ВР, якими визначаються дії корупційними або встановлюються спеціальні обмеження (пункти «а», «б» ч. 2 ст. 1; пункти «а», «б», «в», «г» ч. 1 ст. 5; пункти «а», «б», «в», «г» ч. 3 ст. 5; ч. 1 та ч. 2 ст. 9; ч. 1 та ч. 2 ст. 10; ст. 11). Іншими статтями та пунктами зазначеного Закону не визначається склад правопорушення і посилання на них є неправильним.

Якщо особа вчинила декілька правопорушень, пов'язаних з корупцією, то слід чітко розмежувати ці дії, даючи оцінку кожному з них окремо.

Необхідно також відобразити пояснення особи, стосовно якої складено протокол, таким чином, щоб було зрозуміло чи изнає вона свою вину, чи заперечує її.

Крім того, в протоколі слід зазначити дані про осіб, які виступають як свідки, та інші відомості, необхідні для вирішення справи.

У протоколі також повинні бути дані про роз'яснення прав особи, яка притягається до відповідальності згідно зі ст. 268 КпАП, та її підписи про

ознайомлення з протоколом та матеріалами справи. Протокол підписується особою, яка його склала.

Аналіз судової практики засвідчив, що складені протоколи у багатьох випадках не відповідають зазначеним вище вимогам, здебільшого оформлені в довільній формі, безсистемно та без зазначення необхідних даних. З таких протоколів важко встановити не тільки дані про особу, але й суть правопорушення та його кваліфікацію. Непоодинокі випадки, коли в протоколі не зазначено, якими діями були порушені спеціальні обмеження службовця та яка стаття Закону № 356/95-ВР передбачає відповідальність за порушення. Деякі протоколи мають форму доповідної записки про те, що службовець вчинив протиправні дії, але в чому саме полягає їх протиправність не вказано.

Так, прокурор Оржицького району Полтавської області направив до суду протокол щодо голови Денисівської сільської ради Т. за ознаками вчинення правопорушення, склад якого передбачено п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР. У протоколі відсутні необхідні відомості про особу правопорушника, про особу, яка склала протокол, та свідків, протокол не підписаний правопорушником та особою, яка його склала.

Подібних порушень при складанні протоколів правоохоронними органами багато. Ми вважаємо правильною практику суддів, які повертають такі справи (протоколи) для дооформлення органам, які їх склали.

Деякі протоколи є перевантажені переліком посадових та службових обов'язків, виписками з Конституції України та інших законів і правових актів, а потім однією фразою констатується, що службовець все це порушив.

Дивує і явне незнання деякими посадовими особами, які складають протокол, норм Закону № 356/95-ВР. Так, непоодинокими є випадки, коли дії службовця кваліфікують за певними пунктами ч. 2 ст. 5 цього Закону, тоді як зазначена частина не тільки не містить пунктів, а у ній не передбачено й будь-яких правопорушень.

Так, у протоколі, що надійшов з прокуратури м. Івано-Франківська до суду, про вчинення корупційних діянь головним спеціалістом місцевого управління охорони навколишнього середовища Н. зазначено, що він неналежно виконував свої посадові обов'язки та нерегулярно проводив заміри реальних характеристик скидання вод деякими підприємствами, що потягло зменшення розміру штрафних санкцій за порушення природоохоронного законодавства.

З протоколу незрозуміло, в чому саме полягає корупційне правопорушення. Прокурор послався на порушення Н. п. «г» ч. 2 ст. 5 Закону № 356/95-ВР. Однак ч. 2 ст. 5 цього Закону не містить пункту «г», нею не встановлено жодних обмежень і за змістом протоколу не стосується порушення державним службовцем службових обов'язків.

Висновки правоохоронного органу із зазначених питань повинні згідно зі ст. 251 КпАП ґрунтуватися на достовірних доказах. При цьому відомості про належність правопорушника до категорії державного службовця, депутата, іншої особи, уповноваженої на виконання функцій держави, мають бути стверджені офіційним документом, одержаним від відповідного державного органу чи установи.

Практика свідчить, що значна кількість протоколів про корупційні правопорушення та інші правопорушення, пов'язані з корупцією, складаються без дотримання вказаних вимог Закону, що у подальшому дає підстави для закриття справи і для висновків про необґрунтованість відкриття провадження у справі.

Протоколи про вчинення корупційного діяння або іншого правопорушення, пов'язаного з корупцією, складається органами, зазначеними у ст. 4 Закону № 356/95-ВР, а саме працівниками відповідних підрозділів МВС України, податкової міліції, Служби безпеки України, органів прокуратури України, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, інших органів та підрозділів, що створюються для боротьби з корупцією згідно з чинним законодавством.

На практиці значну кількість протоколів складають слідчі та прокурори, які не завжди дотримуються вимог ч. 2 ст. 12 Закону № 356/95-ВР, згідно із якими право на складання протоколу у них виникає на підставі даних прокурорської перевірки чи даних досудового слідства, за яким відмовлено в порушенні кримінальної справи або справа закрита у зв'язку з наявністю в діях особи ознак корупційного діяння або іншого правопорушення, пов'язаного з корупцією.

Наприклад, прокурор Орджонікідзевського району м. Запоріжжя, не вирішивши питання стосовно ознак злочину, склав протокол про вчинення викладачем навчального закладу М. корупційного діяння, що виразилося в отриманні матеріальних благ (200 грн). З матеріалів справи неможливо встановити, коли ці дії були вчинені, чи було вирішено питання про відмову в порушенні кримінальної справи за цим фактом або про закриття справи. Суддя провадження у справі закрив.

Аналіз судової практики засвідчив наявність непоодиноких випадків явної невідповідності між фактом діяння і правовою оцінкою вчиненого, яке ставиться в провину правопорушнику.

Так, прокурор Новосанжарського району Полтавської області склав протокол стосовно головного спеціаліста відділу грошових виплат та компенсацій управління праці та соціального захисту населення Новосанжарської РДА К., яка протягом 2005—2007 рр. привласнила державні кошти на загальну суму 14 тис. 53 грн. Прокурор вважав, що в діях К. є ознаки корупційного діяння, склад якого передбачено п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР. У матеріалах справи є постанова помічника прокурора цього району про відмову в порушенні кримінальної справи, згідно з якою в діях К. відсутній склад злочину, передбачений ч. 2 ст. 191 КК, «оскільки збитки відшкодовані добровільно, а вбачається склад адміністративного правопорушення, передбаченого Законом «Про боротьбу з корупцією». Постановою судді К. визнана винною у вчиненні корупційного діяння та на неї накладено адміністративне стягнення у вигляді штрафу в розмірі 425 грн.

Інші приклади. *Постановою судді Хмельницького міськрайонного суду від 11 червня 2007 р. санітарного лікаря Хмельницької облсанепідемстанції В. визнано винним в тому, що він 5 травня 2007 р. в кафе-барі «Флінт» у м.*

Дунаївцях незаконно отримав від власниці бару 200 грн та пляшку горілки за нескладання адміністративного протоколу про порушення в барі санітарних норм. На винного накладено штраф у розмірі 300 грн, хоча фактично в його діях вбачаються ознаки злочину, склад якого передбачено ст. 368 КК.

Аналогічні порушення допустив і Красилівський районний суд цієї ж області у справах щодо працівників ДАІ Ф. та Г., які незаконно отримали матеріальні блага (гроші, талони на бензин) за нескладання адмінпротоколів про порушення Правил дорожнього руху.

Подібних прикладів досить багато в судовій практиці, що може свідчити й про зловживання з боку правоохоронних органів та суддів.

Статтею 245 КпАП встановлено завдання провадження в справах про адміністративні правопорушення, якими є своєчасне, всебічне, повне та об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, її вирішення відповідно до закону.

Розглядаючи справи, суди повинні з'ясувати, чи було вчинено адміністративне правопорушення, чи винна особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, чи є обставини, які пом'якшують і обтяжують відповідальність, чи заподіяно майнову шкоду, а також з'ясувати інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи (ст. 280 КпАП).

Узагальнення показало, що місцеві суди переважно правильно кваліфікують діяння осіб за порушення ними вимог Закону № 356/95-ВР.

Водночас нерідко виносяться постанови, які належно не вмотивовані, не завжди в них викладені обставини вчинення правопорушення, не обґрунтовується кваліфікація вчиненого, не наводяться докази на підтвердження винуватості особи тощо. При цьому у багатьох справах простежується тенденція до дублювання в постанові того, що викладено у протоколі, нерідко з тими ж помилками, неточностями, неповнотою та неконкретністю, не наводяться пояснення порушника, свідків.

Наприклад, постановою судді Харцизького міського суду Донецької області від 24 травня 2007 р. С. визнана винною у тому, що, займаючи посаду заступника міського відділу освіти, будучи державним службовцем, при декларуванні доходів надала в декларації неповні відомості про свої доходи і витрати на утримання свого майна. У постанові, як і в протоколі про адміністративне правопорушення, не конкретизовано в чому виявилася ця неповнота, а також не зазначено закон, який зобов'язує державних службовців декларувати доходи. Крім того, суддя послався на порушення С. вимог ст. 9 Закону № 356/95-ВР, яка передбачає відповідальність за корупційне діяння, якою слід було користуватися при накладенні стягнення, а не при кваліфікації вчиненого правопорушення. Посилання на ст. 6 цього Закону, за якою необхідно було кваліфікувати дії С., у постанові відсутнє.

У багатьох постановах судді лише наводять обставини, за яких правопорушення було вчинене, чітко не формулюючи в чому саме особа визнається винною. Крім того, судді спрощують дослідження доказів, наводячи коротко пояснення особи або взагалі вказуючи тільки, що особа визнала себе

винною, з переліком окремих письмових доказів. При цьому фактично аналіз цих доказів у постанові не наводиться, що призводить до постановлення необґрунтованих або незаконних рішень.

Так, постановою Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області Л. — голова Іванівської сільської ради однойменного району — обвинувачувався в тому, що підписав фіктивні акти приймання підрядних робіт філією «Очаківський райавтодор», внаслідок чого остання отримала бюджетні кошти в сумі 8 тис. 900 грн. Ні в протоколі, ні в постанові суду не вказано, в чому полягала зацікавленість Л. та які матеріальні блага, пільги чи інші переваги він отримав. Вказаною постановою Л. визнано винним у порушенні п. «а» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР і накладено штраф у розмірі 255 грн. Постанова не оскаржувалася.

Також слід зазначити, що особи, які складають протоколи про корупційне правопорушення, і судді не завжди чітко встановлюють час вчинення правопорушення, нерідко визначають його приблизно або визнають правопорушення триваючим.

Вважаємо таку практику неправильною, тому що корупційне правопорушення не є триваючим, через це уповноваженим на складання протоколу органам та суддям слід чітко встановлювати час вчинення правопорушення і вираховувати відповідні строки з моменту його вчинення.

Аналіз судової практики викрив факти різного розуміння, тлумачення і застосування суддями окремих статей Закону № 356/95-ВР та роз'яснень, наведених у відповідній постанові Пленуму Верховного Суду України.

Так, згідно з п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 р. «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією» правопорушення, пов'язані з використанням посадовими особами в особистих чи інших неслужбових цілях державних коштів, наданих їм у службове користування приміщень, засобів транспорту чи зв'язку, техніки або іншого державного майна, до корупційних не належить. Відповідальність за такі правопорушення передбачена ст. 1841 КпАП, а саме за неправомірне використання державного майна.

Одні судді у справах про встановлення та одержання головами місцевих рад надбавок або премій для себе визнають такі дії корупційними, інші — закривають справи за відсутністю в їх діях складу адміністративного правопорушення.

Так, постановою Шевченківського районного суду м. Чернівців закрито провадження у справі щодо сільського голови Т. за відсутністю в його діях складу правопорушення, передбаченого п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР. Обвинувачувався Т. у тому, що незаконно встановив і одержував надбавку до посадового окладу в розмірі 50 %.

А постановою судді Корольовського районного суду м. Житомира С. визнано винним у вчиненні корупційного діяння, передбаченого п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР. Як зазначено в постанові судді, С., перебуваючи на посаді заступника начальника управління агропромислового розвитку Чуднівської РДА

Житомирської області, незаконно видав наказ про преміювання себе та отримав премію в сумі 147 грн 33 коп.

Судді, вирішуючи справи за зазначеними обставинами, не звертають увагу на те, що суть корупційного діяння, передбаченого п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР, полягає в тому, що особа, уповноважена на виконання функцій держави, незаконно одержує від інших осіб матеріальні блага, послуги чи інші переваги, які їй надаються лише за те, що вона перебуває на конкретній посаді та виконує певні функції. Отже, протиправні діяння, що вчиняються особою, уповноваженою на виконання функцій держави, набувають корупційного характеру лише у тому разі, коли матеріальні блага, послуги чи інші переваги їй надаються іншою фізичною чи юридичною особою, і вона їх одержує. Тобто відповідальність такої особи за цією нормою Закону № 356/95-ВР настає за сам факт одержання нею матеріальних благ і за умови, що вони дійсно надавались іншою особою. У тому разі коли особа неправомірно використовує державне майно чи обертає його певним способом на свою або іншої особи користь, залежно від фактичних обставин справи, вона має нести дисциплінарну, адміністративну чи кримінальну відповідальність.

Через неправильне застосування норм матеріального права деякі судді приймають незаконні рішення.

Так, місцеві суди різних областей розглянули ряд справ про притягнення до відповідальності осіб за ознаками п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР, а саме за одержання незаконних благ землевпорядниками сільських рад при проходженні ними державної служби з порушенням вимог ст. 66 Закону від 22 травня 2003 р. № 858-IV «Про землеустрій». У зазначеному пункті йдеться про те, що професійною діяльністю у сфері землеустрою можуть займатися громадяни, які мають спеціальну вищу освіту відповідного рівня і професійного спрямування.

Однак отримання заробітної плати за фактично виконану роботу на посаді, на яку призначено особу, гарантовано статтями 38, 43 Конституції України.

Незважаючи на це, постановою судді Індустріального районного суду м. Дніпропетровська Г. визнана винною у вчиненні корупційного правопорушення, передбаченого п. «а» ч. 2 ст. 1 Закону № 356/95-ВР з накладенням штрафу в розмірі 850 грн за те, що вона з 2002 р. до дня складання протоколу про адміністративне правопорушення від 25 січня 2008 р., працювала на посаді землевпорядника, не маючи спеціальної вищої освіти відповідного рівня. Ця постанова, на нашу думку, є незаконною, тому що суддя не взяв до уваги те, що Г. отримувала заробітну плату за фактично виконану роботу. Постанова не оскаржена.

Наявна й інша проблема.

У ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР встановлено додаткові обмеження для державних службовців, які є посадовими особами. Водночас ці обмеження не поширюються на інших суб'єктів корупційного правопорушення, зазначених у ст. 2 цього Закону, у тому числі на посадових осіб місцевого самоврядування і

військових посадових осіб Збройних Сил України та інших військових формувань.

Незважаючи на це, деякі судді притягують до адміністративної відповідальності за пунктами «а», «г» ч. 3 ст. 5 зазначеного Закону посадових осіб місцевого самоврядування (сільський, селищний голова, секретар сільської ради) та посадових осіб Збройних Сил України і накладають на них стягнення.

З метою попередження таких помилок суддям при визначені статусу особи, тобто чи є вона посадовою особою органів місцевого самоврядування, слід керуватися Законом від 7 червня 2001 р. № 2493-ІІІ «Про службу в органах місцевого самоврядування».

Аналіз судової практики свідчить про наявність проблеми з кваліфікацією дій правопорушників за п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР.

Так, постановою судді Богунського районного суду м. Житомира, яку ніхто не оспорив, Д. визнано винною у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР з накладенням стягнення у виді штрафу в розмірі 255 грн. За матеріалами справи Д., працюючи на посаді старшого державного податкового ревізора — інспектора відділу контрольно-перевірочної роботи ДРІ у Романівському районі, під час розгляду матеріалів щодо заняття підприємницькою діяльністю без відповідної ліцензії приватним підприємцем В., за що передбачена адміністративна відповідальність за ст. 164 КпАП, всупереч вимогам ст. 255 цього ж Кодексу, протокол про адміністративне правопорушення стосовно В. не склала, чим надала переваги фізичній особі під час підготовки і прийняття нормативно-правових актів та рішень.

На наше переконання, за вчинене діяння Д. мала б нести дисциплінарну або іншу відповідальність.

Інший приклад. *Постановою судді Ізмаїльського міськрайонного суду Одеської області А. визнано винним та накладено на нього адміністративне стягнення у виді штрафу в розмірі 300 грн. за те, що він, займаючи посаду головного інспектора сектору митного оформлення в пункті пропуску «Табаки» Ізмаїльської митниці, надав незаконні переваги фізичній особі Н., проставивши в контрольному талоні особисту печатку, яка надала Н. виключне право на виїзд за межі України без оформлення належних документів.*

Постановою голови Апеляційного суду Одеської області постанову місцевого суду скасовано, а провадження у справі закрито за відсутності в діях А. складу правопорушення, пов'язаного з корупцією, оскільки не було встановлено і наведено в постанові, у порівнянні з ким Н. надані незаконні переваги, та не доведено наявність умислу на вчинення корупційного діяння та особистого інтересу.

Таким чином, надання спеціальним суб'єктом незаконних переваг фізичним чи юридичним особам під час готування або прийняття рішень може набувати характеру корупційних лише у тому разі, коли такі дії мали місце в умовах спеціальної, законодавчо визначеної процедури.

Якщо особа готує чи приймає незаконне рішення поза межами спеціальної процедури, мова може йти про її відповідальність (за умови доведеності вини) за конкретно вчинені дії, але не за спеціальним законом, яким є Закон № 356/95-ВР.

Такої ж правової позиції дотримується і Верховний Суд України.

Хоча автори деяких узагальнень пояснюють складність застосування п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР тим, що в більшості постанов Голови Верховного Суду України та його заступників зазначено, що надання незаконних переваг фізичним або юридичним особам під час підготовки і прийняття нормативно-правових актів чи рішень можливе лише в умовах конкурсу чи тендеру і така орієнтація (позиція) звужує сферу застосування цієї норми Закону № 356/95-ВР.

Погодитися з такою точкою зору не можна, тому що розширення сфери застосування вказаної норми цього Закону може потягти винесення судових рішень, які, на нашу думку, будуть порушувати права осіб.

Наприклад, суддя Київського районного суду м. Харкова постановою від 31 березня 2008 р. визнав Л. винним у вчиненні правопорушення, склад якого передбачено п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР, з накладенням штрафу в розмірі 300 грн. Л. визнано винуватим у тому, що він, перебуваючи на посаді інспектора відділу митної варти Магістральної митниці, 16 листопада 2007 р. під час проведення оперативних заходів з виявлення порушень митних правил на митному посту «Готівка», при перевірці документів у громадянина Німеччини Р. на автомобіль «Даймлер Бенц» «безпідставно склав протокол про порушення митних правил, передбачених ст. 348 Митного кодексу України, щодо Р., чим надав Магістральній митниці незаконні переваги при підготовці та прийнятті нормативного правового акта чи рішення, яким за своєю юридичною суттю є протоколом про порушення митних правил, оскільки кількість виявлених порушень митних правил є одним з показників діяльності митних органів, чим порушив спеціальні обмеження, передбачені п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР.

За скаргою Л. голова Апеляційного суду Харківської області скасував постанову місцевого суду і закрив провадження у справі на підставі ч. 1 ст. 247 КпАП (за відсутності в його діях складу корупційного правопорушення).

Також мають місце випадки, коли судді не встановлюють мету правопорушення і необґрунтовано визнають особу винною.

Так, постановою Московського районного суду м. Харкова від 1 жовтня 2007 року Н. визнано винною у вчиненні правопорушення, склад якого передбачено п. «а» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР із накладенням стягнення у вигляді штрафу в розмірі 255 грн. Н. визнана винною у тому, що вона, працюючи секретарем Чапаєвської селищної ради, використовуючи своє службове становище, сприяла фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької діяльності, а саме надала довідку П., що містила недостовірну інформацію.

За змістом п. «а» ч. 1 ст. 5 цього Закону протиправна діяльність державного службовця має бути спрямована на користь третіх осіб та переслідувати мету незаконного одержання певних благ. Така діяльність має

полягати у сприянні в здійсненні підприємницької діяльності або у сприянні в отриманні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг.

Із наявних матеріалів справи видно, що Н. не вчиняла жодних дій, які б підпадали під ознаки об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого п. «а» ч. 1 ст. 5 зазначеного Закону, оскільки даних про те, що Н. сприяла П. у здійсненні ним підприємницької діяльності з метою одержання матеріальних благ, немає.

Статтею 9 Закону № 356/95-ВР встановлена відповідальність за невиконання вимог фінансового контролю, зокрема, декларування доходів і зобов'язань фінансового характеру.

Типовими формами неповноти чи неправдивості відомостей про доходи є відсутність вказівки в декларації про доходи про отримані суми орендної плати за земельний пай, а також відсутність вказівки про витрати на утримання нерухомого майна або транспортних засобів. Нерідко особи притягуються до відповідальності за зазначеною статтею Закону № 356/95-ВР за те, що невірно вказали в декларації розмір доходів членів сім'ї. При цьому в справах відсутні докази того, що правопорушник свідомо викривив дані про доходи членів родини.

Так, суддя Ялтинського міського суду АР Крим, розглядаючи справу щодо державного службовця М. про те, що він не вказав в у своїй декларації доходи членів своєї родини, а саме доходи свого батька, з'ясував, що М. не проживає однією сім'єю з батьками, не має з ними єдиного сімейного бюджету і тому не вказав в декларації відомості про доходи батька.

Постановою судді провадження у справі закрито у зв'язку з відсутністю складу правопорушення в діях М.

Узагальнення показало, що суди загалом виконують вимоги статей 7—10 Закону № 356/95-ВР щодо санкцій при визначенні виду і розміру стягнення.

Нерідко судді призначають стягнення у виді штрафу в розмірі 255 грн. При цьому враховуються такі обставини, як притягнення до відповідальності вперше, щире каяття, позитивні характеристики, характер вчиненого проступку.

Відповідно до ст. 22 КпАП при малозначності вчиненого адміністративного правопорушення орган, уповноважений вирішувати справу, може звільнити правопорушника від адміністративної відповідальності й обмежитися усним зауваженням. Оскільки у цій статті не міститься визначення та перелік малозначних правопорушень, це питання має вирішуватися у кожному конкретному випадку індивідуально, виходячи з того, що малозначні правопорушення — це такі дії, які не спричинили, або не могли спричинити істотної шкоди суспільним та державним інтересам, правам і свободам громадян або іншим цінностям, що охороняються законом.

Суди в основному правильно вирішували питання про застосування до порушників ст. 22 КпАП, враховуючи, що застосування цієї статті є правом, а не обов'язком суду.

На практиці судді, вирішуючи питання про визнання адміністративного правопорушення малозначним, посилаються на характеристики особи

правопорушника, ступінь протиправності вчиненого правопорушення, наявність обставин, що пом'якшують відповідальність та інших обставин, за якими можна визнати, що вчинене правопорушення є малозначним.

Проте мали місце і помилки при звільненні винних від адміністративної відповідальності за малозначністю вчиненого правопорушення.

Так, постановою Шевченківського районного суду м. Чернівців від 30 січня 2007 р. Д. було звільнено від адміністративної відповідальності на підставі ст. 22 КпАП.

Відповідно до постанови Д., працюючи начальником паливно-мастильних матеріалів в/ч А 2308, отримав від підлеглого С. два ваучери поповнення рахунку мобільного зв'язку на загальну суму 100 грн. за надання тому можливості в робочий час вирішувати свої особисті питання.

Водночас у судовій практиці непоодинокі приклади протилежного вирішення справ, тобто за явних ознак малозначності вчиненого суд не застосовує ст. 22 КпАП.

Наприклад, постановою судді Лисичанського міського суду Луганської області від 10 липня 2007 р. головний спеціаліст управління зі здійснення енергетичної політики Лисичанської міської ради Ц. на підставі п. «а» ч. 2 ст. 1 та ч. 1 ст. 7 Закону № 356/95-ВР притягнутий до адміністративної відповідальності у виді штрафу в розмірі 425 грн за одержання переваги перед іншими володільцями транспортних засобів у вигляді відмови заплатити 2 грн за стоянку свого автомобіля на платній стоянці підприємства «ПП Кучеренко».

Голова Апеляційного суду Луганської області цю постанову скасував, провадження у справі закрив, вказавши на малозначність вчиненого проступку.

Відповідно до ч. 1 ст. 12 Закону № 356/95-ВР порядок адміністративного провадження у справах про корупційні діяння або інші правопорушення, пов'язані з корупцією, а також виконання постанов про накладення адміністративних стягнень визначається КпАП, за винятком положень, встановлених Законом.

Строки направлення матеріалів до суду та строки розгляду їх в суді встановлені ч. 5 ст. 12 зазначеного Закону. Так, протокол про вчинення корупційного діяння або іншого правопорушення, пов'язаного з корупцією, разом з матеріалами перевірки надсилається до районного (міського) суду у триденний строк з моменту його складання.

У переважній більшості випадків матеріали направляються в суди у вказаний законом строк. Однак є випадки порушення цих строків.

Так, протокол щодо Ш. за п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР, складений прокурором Березанського району Миколаївської області 16 лютого 2007 р. надійшов до суду 1 березня 2007 р., тобто більше ніж через 15 днів.

Трапляються випадки й більш тривалих затримок з переданням матеріалів до суду — і місяць, і два місяці. Як правило, такі справи потім закриваються з підстав пропущення строку притягнення до відповідальності.

Наприклад, протокол щодо Т. за п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР, складений старшим оперуповноваженим відділу ДСБЕЗ Арбузинського РВ

УМВС України в Миколаївській області 19 червня 2007 р. був направлений до суду 21 серпня 2007 р., тобто більше ніж через два місяці. При цьому слід відмітити, що цей протокол був направлений в суд безпідставно, оскільки Т. інкримінувалося правопорушення, вчинене 23 жовтня 2006 р. Постановою суду провадження у справі закрито у зв'язку із закінченням строків притягнення до адміністративної відповідальності.

Інший приклад. *Постановою судді Красногвардійського районного суду АР Крим провадження у справі щодо М., яка притягалася до відповідальності за вчинення правопорушення, склад якого передбачено п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР, закрито у зв'язку із закінчення строків накладення адміністративного стягнення. За даними справи, М. вчинила адміністративне правопорушення 14 серпня 2007 р., строк накладення адміністративного стягнення закінчився 14 лютого 2008 р., а матеріали надійшли до суду 11 березня 2008 р., тобто після закінчення зазначеного строку.*

Слід відмітити, що передбачений ч. 5 ст. 12 Закону № 356/95-ВР строк, який ще називають строком давності адміністративної відповідальності, включає в себе строк, протягом якого може бути складений протокол про вчинення корупційного правопорушення, і строк, протягом якого може бути винесена постанова про накладення адміністративного стягнення.

У ході вивчення справ та матеріалів встановлено випадки неправильного застосування закону у разі конкуренції між загальною та спеціальною нормами закону, що призводить до необґрунтованого закриття провадження у справі.

Так, постановою судді Тельманівського районного суду Донецької області від 17 серпня 2007 р. на підставі ст. 38, п. 7 ст. 247 КпАП закрито провадження у справі щодо Ч., який притягався до відповідальності за п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР. Як зазначено в постанові судді, правопорушення мало місце 23 квітня 2007 р., до суду протокол про адміністративне правопорушення надійшов 16 серпня 2007 р., тобто на день розгляду справи закінчився двохмісячний строк, не пізніше якого може бути накладено адміністративне стягнення. Провадження у справі закрито у зв'язку із закінченням строків притягнення д адміністративної відповідальності.

У цьому випадку слід було застосувати спеціальну норму закону, передбачену ч. 5 ст. 12 Закону № 356/95-ВР, відповідно до якої адміністративне стягнення за корупційні діяння або інші правопорушення, пов'язані з корупцією, може накладатися протягом шести місяців з дня його вчинення. Цей строк на момент розгляду справи щодо Ч. ще не закінчився.

Відповідно до ч. 6 ст. 12 Закону № 356/95-ВР постанова суду про накладення адміністративного стягнення у виді штрафу за корупційні діяння або інші правопорушення, пов'язані з корупцією, у триденний строк направляється відповідному державному чи виборному органу для вирішення питання про звільнення особи з посади або усунення її від виконання функцій держави. Контроль за правильним і своєчасним виконанням постанов про накладення адміністративного стягнення згідно з вимогами ст. 305 КпАП здійснюється судом, який виніс постанову.

Узагальнення засвідчило, що суди у більшості випадків не виконують вказані вимоги Закону № 356/95-ВР. Як правило, в справах є лише повідомлення про направлення для виконання копій постанови у виконавчу службу в частині стягнення штрафів.

Наприклад, постановою судді Снігурівського районного суду Миколаївської області від 29 березня 2007 р. голову Павлівської сільської ради Д. притягнуто до адміністративної відповідальності за п. «г» ч. 1 ст. 5 та п. «г» ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР за те, що він у листопаді 2006 р. за власним підписом надав Т. письмовий дозвіл на продаж алкогольних та тютюнових виробів в магазині, вказавши, що проти такого дозволу не заперечує виконком сільської ради, хоча насправді виконком сільради такого дозволу не давав. За ці правопорушення на Д. накладено штраф у розмірі 850 грн. У частині виконання стягнення штрафу копія постанови була направлена у виконавчу службу. Однак, до сільської ради копія постанови не направлялась.

Необхідно відмітити як зразкову практику з цього питання, яка існує у судах Селидівського міського суду та Новоазовського районного суду Донецької області, де кожна з винесених постанов про притягнення до адміністративної відповідальності у справах цієї категорії направлялась на місця роботи правопорушників для відповідного реагування.

Узагальнення виявило наявність ряду правових проблем, від вирішення яких залежить подальша активізація боротьби з корупцією. Полягають вони, з одного боку, в неоднаковому розумінні працівниками правоохоронних органів та суддями норм Закону № 356/95-ВР та неправильному їх застосуванні, а з другого, — недосконалістю правового регулювання відповідальності за корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією.

З метою вдосконалення чинного законодавства для вирішення складних питань при розгляді кримінальних справ зазначеної категорії справ слід у кримінальному законодавстві передбачити визначення окремих корупційних діянь як злочинних, кримінальну відповідальність за найбільш поширені корупційні діяння. Відсутність такого законодавства негативно впливає на ефективність практичної кримінально-правової боротьби з корупцією.

Наприклад, ст. 364 КК може бути доповнена п. 4 такого змісту: «Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо вони мають ознаки корупційного діяння» тощо.

Нині саме кримінально карана корупція залишена поза увагою щодо правового регулювання.

Оскільки Україна ратифікувала міжнародні конвенції про протидію корупції, то вирішення зазначених проблем є на часі та дуже актуальне.

Заслуговує на увагу й ідея про створення Антикорупційного Кодексу України, який би комплексно врегулював усі питання, що стосуються боротьби з корупцією.

Запропоновані заходи, в разі їх реалізації, сприятимуть поліпшенню взаємодії між державними відомствами, дадуть змогу запобігти правовим колізіям і непорозумінням при судовому розгляді кримінальних справ.

Узагальнення виявило також ряд правових проблем у застосуванні законодавства при розгляді адміністративних справ зазначеної категорії.

Не досить чітке розуміння підстав та умов, коли за вчинене корупційне діяння настає кримінальна відповідальність, призводить до того, що за наявності кримінально-караного діяння винна особа несе адміністративну відповідальність.

Склад корупційного правопорушення передбачає наявність чотирьох взаємозумовлених і взаємопов'язаних елементів: об'єкта та об'єктивної сторони, суб'єкта і суб'єктивної сторони. Відсутність хоча б однієї з вказаних ознак виключає наявність корупційного діяння.

Виходячи зі змісту Закону, обов'язковою ознакою, за якою будь-яка неправомірна або неетична поведінка осіб, уповноважених на виконання функцій держави, визнається корупційною, є корисливий або інший особистий їх інтерес, або інтерес третіх осіб. У значній кількості перевірених справ ця обов'язкова складова суб'єктивної сторони правопорушення не з'ясована, що ставить під сумнів правомірність прийнятих суддями рішень.

Багато помилок допускається при вирішенні справ внаслідок неправильного розуміння поняття «інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави», особливо це стосується працівників міліції, суддів, прокурорів.

Також виникають труднощі при визначенні поняття «посадові особи», що має відношення до ч. 3 ст. 5 Закону № 356/95-ВР.

Є випадки, коли виникає питання, чи вправі суддя у разі, коли у протоколі невірно зазначена норма цього Закону, за вчинене особою правопорушення застосовувати стягнення за іншою нормою Закону № 356/95-ВР. На практиці трапляються випадки, коли суддя, не повертаючи протокол і не вирішуючи питання відповідальності згідно з даними протоколу, вирішують питання про відповідальність особи за вчинене нею правопорушення, пославшись на іншу норму цього Закону. Щоправда випадків, коли ця обставина погіршувала становище особи, не було.

Судді звертають увагу, що ряд норм Закону № 356/95-ВР викладено не досить повно і потребують більш точного визначення поняття «корупція» і «корупційна діяльність». Також бажано було б дати визначення інших термінів, які використовуються в цьому Законі.

З метою вдосконалення чинного законодавства судді вважають доцільним конструктивно викласти норми Закону № 356/95-ВР таким чином, щоб в одній статті містилися як диспозиція з визначенням суті протиправного діяння, так і санкція за його вчинення (статті 1, 5, 6—9).

Потрібно також передбачити в санкціях статей Закону основні й додаткові адміністративні стягнення і чіткіше визначити повноваження районного (міського) суду щодо їх застосування.

У ст. 38 КпАП потрібно було б передбачити можливість зупинення строків накладення адміністративного стягнення за корупційне правопорушення на час вирішення відповідною радою питання про дачу згоди на притягнення депутата до відповідальноті, а так само на час його хвороби.

Судді апеляційних суддів пропонують надати судам роз'яснення, що відповідальність за п. «г» ч. 1 ст. 5 Закону № 356/95-ВР настає лише у разі наявності звернення фізичних чи юридичних осіб за наданням інформації; а також просять роз'яснити, як слід розуміти надання незаконних переваг фізичним або юридичним особам під час підготовки і прийняття нормативно-правових актів чи рішень.

Норми, викладені в Законі № 356/95-ВР, доцільно було б внести до КпАП окремим розділом з назвою «Адміністративні корупційні правопорушення» та узгодити їх з іншими нормами цього Кодексу.

Звертає увагу той факт, що до відповідальності за корупційні правопорушення притягаються здебільшого керівники і спеціалісти державних структур нижчої ланки, як правило, не вище районної. Серед притягнутих до відповідальності найбільше службовців органів місцевого самоврядування (сільських голів, секретарів сільських рад, землевпорядників тощо) та державних службовців рівня районних держаних адміністрацій. Це свідчить про те, що діяльність правоохоронних органів поки що спрямовується на боротьбу з корупцією у владних органах нижчих рівнів.

Водночас слід відмітити, що з огляду на характер правопорушень умовами для їх вчинення є низький рівень оплати праці сільського населення та недостатнє бюджетне фінансування службовців органів місцевого самоврядування, працівників міліції та інших державних органів, що змушує їх вишукувати додаткові джерела доходу.

Практика розгляду кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 Кримінального кодексу України (службове підроблення)[1]

Відповідно до ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ці положення Конституції поширюються на всіх без винятку службових осіб, незалежно від того, чи є вони представниками законодавчої, виконавчої або судової влади, виконують свої службові обов'язки у державному апараті, в органах місцевого самоврядування або на окремих підприємствах, в установах та організаціях. Не має також значення службове становище особи (звання, ранг, чин, кваліфікаційний клас), відомча чи галузева належність органу, сфера його діяльності, характер та обсяг повноважень або форма власності, на підставі якої створені та функціонують підприємства, установи і організації. Виконання службовими особами своїх службових обов'язків на підставі, в межах і в порядку, передбачених Конституцією, законами та іншими нормативними актами, забезпечує нормальну діяльність

[1] Узагальнення підготовлено суддею Верховного Суду України В. Г. Жуком та головними консультантами управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України О. С. Іщенко та А. І. Смолкіною.

державного апарату, а також апарату управління підприємств, установ і організацій.

У розд. XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі — КК) «Злочини у сфері службової діяльності» встановлена кримінальна відповідальність за діяння, суспільна небезпечність яких полягає у заподіянні шкоди відносинам, що забезпечують нормальну діяльність державного та громадського апарату, а також апарату управління підприємств, установ та організацій.

Діяння, відповідальність за які встановлена в зазначеному розділі Особливої частини КК, можуть бути віднесені до числа так званих загальних видів злочинів, вчинюваних у сфері службової діяльності, оскільки кожне з них посягає на суспільні відносини, що забезпечують нормальну службову діяльність в окремих ланках державного апарату, а також апарату управління окремих підприємств, установ та організацій незалежно від їх галузевої та відомчої належності, сфери діяльності, обсягу повноважень чи форми власності.

У той же час у КК досить багато норм, що встановлюють відповідальність за так звані спеціальні види службових злочинів, вчинення яких також зумовлене службовим становищем суб'єкта, однак при їх здійсненні основним безпосереднім об'єктом є інші суспільні відносини.

Серед службових злочинів, передбачених в Особливій частині КК (ст. 366), не останнє місце займає такий злочин як «службове підроблення».

Обов'язковою ознакою службового підроблення є його предмет — офіційні документи. Для того, щоб той чи інший акт був визнаний документом та мав статус офіційного, він повинен відповідати певним ознакам:

1) документ повинен містити певну інформацію (відомості, дані тощо);

2) така інформація має бути зафіксована у тій чи іншій формі (письмовій, цифровій, знаковій) і мати певні реквізити (бланк, печатку, штамп, голограму), які передбачені законом чи іншим нормативним актом;

3) інформація повинна бути зафіксована на відповідному матеріальному носії (папері, дискеті, диску, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці тощо) з метою її зберігання, використання або розповсюдження;

4) документ має бути складений, засвідчений, виданий чи розповсюджений в інший спосіб службовою особою від імені державних органів, органів місцевого самоврядування, громадських організацій та об'єднань, а також підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності;

5) офіційним згідно зі ст. 366 КК є лише такий документ, що містить зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які породили чи здатні породити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи — докази у правозастосовній діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими особами, яким законом

надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити.

Об'єктивна сторона службового підроблення полягає у перекрученні істини в офіційному документі, вчиненому службовою особою з використанням свого службового становища. Такий злочин виявляється тільки в активній поведінці службової особи і може бути вчинений однією з декількох альтернативно передбачених у ч. 1 ст. 366 КК дій: а) внесення до документів неправдивих відомостей; б) інше підроблення документів; в) складання неправдивих документів; г) видача неправдивих документів.

Внесення до документів неправдивих відомостей означає включення інформації, яка повністю або частково не відповідає дійсності, до офіційного документа. При цьому форма документа та всі його реквізити відповідають необхідним вимогам.

Інше підроблення документів являє собою повну або часткову зміну змісту документа чи його реквізитів, однак не за рахунок внесення до нього неправдивих відомостей, а шляхом їх виправлень, підчищень, дописок, витравлювань чи використання інших подібних способів. Інше підроблення документів є своєрідним антиподом внесення до документа неправдивих відомостей, оскільки неправдиві відомості у цьому випадку до документа не вносяться, а виправляються або знищуються відомості, що вже є у документі та відповідають дійсності.

Складання неправдивих документів — це повне виготовлення документа, який містить інформацію, що не відповідає дійсності. При цьому форма та реквізити документа відповідають необхідним вимогам.

Видача неправдивих документів означає надання фізичним або юридичним особам такого документа, зміст якого повністю або частково не відповідає дійсності та який був складений або службовою особою, яка його видала, або іншою службовою особою. Видача неправдивого документа матиме місце й у тому випадку, якщо документ був складений приватною особою, але потім був засвідчений службовою особою і виданий нею іншим фізичним чи юридичним особам від імені тієї організації, яку представляє службова особа, що видала цей документ.

Склад злочину, опис якого міститься у диспозиції ч. 1 ст. 366 КК, є формальним, і злочин визнається закінченим з моменту вчинення однієї із зазначених у ній дій, незалежно від того, чи спричинили ці дії які-небудь наслідки і чи був використаний підроблений документ.

Розглядаючи кримінальні справи зазначеної категорії, суди мають керуватися положеннями чинних КК і Кримінально-процесуальним кодексом України (далі — КПК) та враховувати роз'яснення, наведені у відповідних постановах Пленуму Верховного Суду України.

Якість досудового слідства.
Причини повернення справ на додаткове розслідування

Якість досудового слідства у справах зазначеної категорії загалом задовільна. Але в деяких випадках слідчі органи допускають неповноту

досудового слідства, порушуючи вимоги статей 22, 23, 64 КПК, що призводить до повернення судами справ на додаткове розслідування або необхідності застосування вимог ст. 315^1 КПК.

Наприклад, 26 жовтня 2006 р. Василівський районний суд Запорізької області виніс постанову про повернення на додаткове розслідування кримінальної справи за обвинуваченням М. за ч. 2 ст. 366 та ч. 2 ст. 367 КК. Постанова була оскаржена в апеляційному порядку, але залишена судом апеляційної інстанції без змін.

М., серед іншого, обвинувачувалася у тому, що дала вказівку підлеглим їй по службі технікам-технологам лабораторії ЗАТ «Василівка-Арго» про незаповнення в офіційних документах на зерно (аналізних картках) граф, у яких і повинні бути зазначені якість і кількість клейковини, що міститься у зерні пшениці, а також графи, в якій повинен бути зазначений клас такого зерна.

Не беручи до уваги результати аналізів клейковини, проведених техніками-технологами і не перепровіривши їх, М. зробила в документації відмітку про вміст більшої кількості та якості клейковини в зерні, на підставі чого завищувала його клас.

31 травня 2007 р. у кримінальній справі за обвинуваченням М. за зазначеними статтями справу повторно направлено на додаткове розслідування. Підставою для цього стало порушення норм кримінально-процесуального законодавства, неповнота та неправильність досудового слідства, яка не могла бути усунута в судовому засіданні. Так, слідчий, який проводив досудове слідство, не виконав вказівки суду, викладені у попередній постанові про направлення справи на додаткове розслідування, не вжив всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи: у справі не були встановлені особи, які безпосередньо виготовили первинні бухгалтерські документи на прийом та відпуск зерна зі складів ЗАТ «Василівка-АГРО», не були встановлені та допитані всі свідки, не проведені зустрічні перевірки із суб'єктами господарювання, не проведена виїмка додаткових документів, необхідних для призначення та проведення додаткової судово-бухгалтерської експертизи тощо.

Щодо кваліфікації дій осіб, засуджених за ст. 366 КК, то в основному органи досудового слідства правильно кваліфікували дії винних осіб. Однак траплялися випадки, коли кваліфікація, яку давали органи слідства, не підтверджувалася в судовому засіданні і прокурор, який підтримував обвинувачення в суді, змінював обвинувачення, або це робив суд, визнаючи іншу кваліфікацію дій винних осіб.

Так, слідчий прокуратури м. Нововолинська Волинської області пред'явив обвинувачення А. за ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 364, ч. 3 ст. 365, ч. 2 ст. 366 КК. Під час судового слідства прокурор змінив пред'явлене А. обвинувачення, перекваліфікувавши його дії на ч. 2 ст. 367 КК. Постановою суду А. був звільнений від кримінальної відповідальності на підставі ст. 48 КК.

Нерідко злочини цієї категорії були вчинені в сукупності з іншими службовими злочинами, а саме із злочинами, склад яких передбачено ст. 364

КК — зловживання владою або службовим становищем або ст. 368 КК — одержання хабара, а також із злочинами, склад яких передбачено ст. 191 КК — привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем або в сукупності із ч. 3 ст. 358 КК — використання завідомо підробленого документа, ст. 212 КК — ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів.

Судовий розгляд справ.
Питання, пов'язані з кваліфікацією дій винних осіб

Автори узагальнень судової практики зазначають, що з урахуванням об'єктивних труднощів у розгляді кримінальних справ цієї категорії, їх розгляд доручався найбільш досвідченим суддям, які мають більший життєвий досвід і стаж суддівської роботи.

Узагальнення показало, що при постановленні рішень у справах зазначеної категорії судами в достатній мірі досліджуються всі ознаки складу злочину — службового підроблення. Враховується те, що службове підроблення, передбачене ч. 1 ст. 366 КК, належить до злочинів з формальним складом, незалежно від того, чи були спричинені будь-які наслідки і чи був використаний підроблений документ. Враховується також і те, що об'єктивною стороною цього злочину є вчинення суспільно небезпечного діяння, а також те, що суб'єктами злочину є лише службові особи та наявність зв'язку між вчиненим діянням і посадою, яку вони обіймали або ж службовою діяльністю, яку вони здійснювали.

Судовий розгляд у більшості кримінальних справ розглядуваної категорії був проведений відповідно до вимог чинного кримінально-процесуального законодавства.

Значна кількість справ була розглянута судами в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 299 КПК, а саме: суди визнавали недоцільним дослідження доказів щодо тих фактичних обставин справи, які ніким не оспорювалися.

Суди загалом правильно застосовують положення цієї статті.

Нерідко підроблення документів службовими особами здійснювалося з метою заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем. Дії таких осіб суди правильно кваліфікували за сукупністю ст. 191 та ст. 366 КК.

Так, Вінницький районний суд Вінницької області засудив М. за ч. 5 ст. 191, ч. 1 ст. 209, ч. 2 ст. 366 КК на 10 років позбавлення волі з позбавленням права займатися діяльністю, пов'язаною з управлінням і розпорядженням коштами та матеріальними цінностями.

М., будучи головним спеціалістом відділу державної виконавчої служби Вінницького районного управління юстиції, тобто службовою особою, в період з 1 березня 2003 р. по 20 липня 2006 р. отримав для подальшої здачі у Вінницьку філію АКБ «Правекс-банк» від державних виконавців грошові стягнення з юридичних та фізичних осіб на загальну суму 274 тис. 43 грн, з яких він перерахував на депозитний рахунок відділу державної виконавчої служби 62 тис. 507 грн, а решту суми у розмірі 211 тис. 536 грн привласнив (дії кваліфіковані за ч. 5 ст. 191 КК).

Діючи з метою приховання фактів привласнення коштів, отриманих від державних виконавців, М., використовуючи комп'ютерну техніку, підробив офіційні документи — бланки квитанцій про прийняття банком готівки в сумі 106 тис. 23 грн. Ці дії М. кваліфіковані судом за ч. 2 ст. 366 КК як службове підроблення, тобто внесення службовою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, що спричинили тяжкі наслідки.

Водночас деякі суди необґрунтовано вважали кваліфікацію дій посадових осіб за ст. 366 КК зайвою, помилково вважаючи, що підроблення документів є ознакою складу злочину, передбаченого ст. 365 КК.

Наприклад, Лутугинський районний суд Луганської області розглянув кримінальну справу за звинуваченням К. за ч. 5 ст. 191, ч. 2 ст. 194, ст. 209, ч. 3 ст. 365, ч. 2 ст. 366 КК.

Директор ТОВ «Джерело» К. визнаний судом винним у тому, що за попередньою домовленістю з групою осіб підробив офіційні документи, надав їх до суду, завдяки цьому отримав рішення суду про дозвіл розібрати два 16-кватирних житлових будинки у с. Оріхівка, підписав договір про виконання відповідних робіт, будинки були розібрані, через що власникам приватизованих квартир завдано збитки у розмірі 114 тис. 202 грн.

Суд кваліфікував дії підсудного лише за ч. 3 ст. 365 КК, вказавши, що кваліфікація за іншими статтями є зайвою, у тому числі і за ст. 366 КК. Зокрема, суд вважає, що ст. 365 КК охоплюються дії з підробки офіційних документів і не потребують додаткової кваліфікації.

Однак це рішення суперечить вимогам ст. 33 КК про кваліфікацію злочинних дій винного за відповідними статтями КК та фактичними обставинами.

Суди переважно правильно вирішують питання щодо кваліфікації дій засуджених за наявності в їх діях ознак подібних складів злочинів.

Так, Білоцерківський міськрайонний суд Київської області, розглядаючи кримінальну справу за обвинуваченням М. за ч. 1 ст. 366 КК, визнав помилковою кваліфікацію дій підсудного органами досудового слідства за цією статтею як службове підроблення, яке виразилось у складанні та видачі службовою особою завідомо неправдивого офіційного документа та внесенні до нього завідомо неправдивих відомостей.

При цьому суд послався на те, що наведена кваліфікація дій М. ґрунтується на висновку досудового слідства, згідно з яким підсудний, працюючи в банку на посаді начальника юридичного відділу служби безпеки банку, був службовою особою, і довідку про заробітну плату підробив як службова особа. Однак такий висновок не відповідав дійсності.

Як було встановлено слідством і судом, М. на момент виготовлення та видачі особі фіктивної довідки не був працівником (службовою особою) ДТ «Трансметпрому», від імені якого він видав цю довідку. Він діяв як приватна, а не службова особа, тому його дії не можуть розцінюватись як службовий злочин.

Враховуючи наведене, суд правильно дійшов висновку, що у діях М. мають місце ознаки злочину, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК, а тому визнав за необхідне кваліфікувати їх за ч. 1 ст. 358 КК.

Вироком від 23 лютого 2006 р. М. визнано винним і засуджено за ч. 1 ст. 358 КК.

Таке рішення суду є правильним, тому що суб'єктом службового підроблення може бути тільки службова особа. Якщо підроблення документа вчиняє приватна особа, то відповідальність настає за ст. 358 КК.

Інший приклад.

Вироком Снігурівського районного суду Миколаївської області від 4 грудня 2006 р. Д. засуджена за ч. 2 ст. 172, ч. 1 ст. 366 КК. За ч. 1 ст. 222 КК її виправдано.

Органами досудового слідства Д. обвинувачувалась за ч. 1 ст. 222 та ч. 1 ст. 366 КК у тому, що вона, будучи приватним підприємцем та службовою особою, склала та видала своєму працівнику Г. довідку про більший, ніж насправді, розмір заробітної плати, яку остання надала в банківську установу для отримання кредиту. Дослідивши докази по справі, суд першої інстанції дійшов висновку про відсутність в діях Д. складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 222 КК, оскільки вона не надавала банку неправдиву інформацію щодо розміру заробітної плати Г., а таку інформацію надала остання.

При перевірці вироку в апеляційному порядку колегія суддів залишила вирок без змін.

Аналіз практики розгляду справ цієї категорії показав, що неоднакове застосування терміну «офіційний документ» пов'язане насамперед із недосконалістю диспозиції ст. 366 КК, яка потребувала законодавчого врегулювання та конкретизації наведених у ній понять.

Законом від 11 червня 2009 р. № 1508-V1 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», який набирає чинності з 1 січня 2010 р., внесено відповідні зміни і доповнення до положень КК, зокрема дано нове визначення понять «службова особа» та «офіційний документ», а також у диспозиції ст. 366 КК термін «документ» замінено терміном «офіційний документ». Зазначене сприятиме правильному й однаковому застосуванню судами законодавства під час розгляду справ цієї категорії та більш якісному їх розгляду.

У зв'язку зі зверненням судді Конституційного Суду України М.І. Колоса до Верховного Суду України щодо практики застосування судами України при здійсненні кримінального судочинства положень ст. 366 КК, зокрема, що стосується тлумачення і застосування терміну «офіційний документ», це питання автори узагальнення вивчили з урахуванням думки апеляційних судів та аналізу надісланих ними кримінальних справ про злочини, пов'язані зі службовим підробленням.

Щодо питання, чи визнають суди офіційним документом пояснення особи, сфабриковане працівником міліції під час перевірки заяви про злочин, то аналіз матеріалів засвідчив, що однакового розуміння з цього приводу у судів немає.

Деякі суди вважають, що оскільки саме пояснення особи під час перевірки заяви про злочин в кримінально-процесуальному законодавстві як процесуальний документ не передбачене, бо пояснення не має відповідних реквізитів, то воно не може розглядатись як предмет службового підроблення. Таким предметом, на думку прибічників такої точки зору, можуть бути протоколи слідчих дій, які відповідно до ст. 65 КПК, є доказами у справі.

Інші суди вважають, що коли працівник міліції при перевірці заяви про злочин бере у певної особи пояснення, в яке вносить завідомо неправдиві відомості про обставини справи і засвідчує їх своїм підписом, а ці відомості засвідчують факти, які мають юридичне значення, тобто можуть бути приводом для порушення кримінальної справи чи відмови в порушенні справи, то такий документ має визнаватися офіційним.

Справ про підроблення пояснень особи працівником міліції у практиці судів України небагато, але вирішувалися вони по-різному.

Так, суди Луганської області у 2007 р. розглянули три кримінальні справи щодо працівників міліції, пов'язані з підробленням документів, у тому числі й пояснень громадян. У всіх випадках суди визнавали ці пояснення офіційними документами, що випливає зі змісту формулювання обвинувачення, визнаного судами доведеним. Окремого мотивування причини, з якої суди визнавали пояснення громадян офіційними документами, у вироках не наведено. Можна припустити, що суди виходили з того факту, що пояснення складалися службовою особою і на їх підставі приймалися процесуальні рішення.

Наприклад, вироком Краснодонського міськрайонного суду Луганської області Б. засуджений за ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 365, ч. 2 ст. 191 КК за те, що, будучи дільничним інспектором міліції, вніс неправдиві відомості в протокол про адміністративне правопорушення та сфальсифікував пояснення від імені громадянки В., яка нібито була свідком дрібного хуліганства.

Вироком Жовтневого районного суду м. Луганська засуджено С. за ч. 1 ст. 366 КК за те, що він, будучи дільничним інспектором, підробив протокол про адміністративне затримання громадянина П., а також сфальсифікував пояснення від імені померлої особи і неіснуючого громадянина про вилучення у громадянина П. наркотичних речовин.

У судовій практиці трапляються випадки визнання офіційними документами процесуальних документів і невизнання такими документів (заяв, пояснень тощо), які стали підставами для винесення процесуальних актів.

Так, вироком Дворічанського районного суду Харківської області М. засуджений за ч. 1 ст. 366, ч. 3 ст. 364 КК за те, що він, будучи дільничним інспектором міліції, нехтуючи службовими обов'язками, не провів перевірки двох повідомлень про злочини, склав фіктивні пояснення від імені громадян, після чого виніс постанови про відмову в порушенні кримінальних справ. Суд визнав предметом службового підроблення постанови про відмову в порушенні кримінальних справ, а сфабриковані пояснення осіб офіційними документами не визнав.

По-різному вирішують суди питання про наявність ознак злочину, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК, у діях оперуповноважених працівників міліції,

які на ім'я начальників відділів міліції складали рапорти, що не відповідали дійсності, та ставали підставами для притягнення невинних осіб до адміністративної відповідальності.

Наприклад, вироком Ленінського районного суду Запорізької області оперуповноважені відділення кримінального розшуку однойменного РВ УМВС К. та П. засуджені за ч. 1 ст. 366 КК за те, що сфальсифікували рапорти на ім'я начальника, на підставі яких до адміністративної відповідальності були притягнуті невинні особи.

За аналогічні дії, тобто складання фіктивного рапорту, що потягло незаконне притягнення до адміністративної відповідальності громадянина Б., вироком Октябрського районного суду м. Полтави засуджено оперуповноваженого УБОЗу Ш. Ухвалою Апеляційного суду Полтавської області вирок у частині засудження Ш. за ч. 1 ст. 366 КК закрито за відсутністю в його діях складу злочину. В ухвалі зазначено, що складений засудженим Ш. рапорт про нібито вчинене Б. адміністративне правопорушення не можна визнати офіційним документом, оскільки він має інформаційний характер і не зареєстрований належним чином.

У примітці до нової редакції ст. 358 КК (Закон від 11 червня 2009 р. № 1508-VI) зазначено, що «під офіційним документом у цій статті та статтях 357 і 366 цього Кодексу слід розуміти документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які породили чи здатні породити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи — докази у правозастосовчій діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити».

На нашу думку, у новій редакції цієї статті не дано вичерпного визначення терміну «офіційний документ», що може викликати певні проблеми і різне розуміння при її застосуванні.

Водночас вважаємо, що пояснення особи під час перевірки заяви про вчинення злочину слід вважати офіційним документом, тому що зафіксовані у ньому відомості можуть засвідчувати факти, які в подальшому можуть мати юридичне значення.

Узагальнення розгляду судами кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 КК, свідчить, що судді в основному дотримуються вимог чинного законодавства щодо оперативності та якості розгляду кримінальних справ.

Суди в основному дотримуються строків призначення справ до розгляду, передбачених статтями 241, 256 КПК.

Щодо термінів розгляду справ цієї категорії, то зауважень не виникає. Випадків безпідставного відкладення розгляду чи необґрунтованого їх зупинення не виявлено.

Як свідчить судова практика, значний відсоток осіб, обвинувачених у вчиненні зазначеного злочину, не визнавали своєї вини або визнавали її в період досудового слідства і змінили свої показання під час судового розгляду справи. Через це виникають певні перешкоди, оскільки з'являється необхідність у призначенні судово-почеркознавчої експертизи, виїмок оригіналів документів, оскільки не завжди вони проводяться органами досудового слідства, що призводить до тяганини у розгляді справ.

Так, понад рік П'ятихатський районний суд Дніпропетровської області розглядав справу за обвинуваченням П. за ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 365, ч. 1 ст. 367, ч. 1 ст. 382 КК. Справа надійшла на розгляд суду 24 травня 2006 р. і постановою цього суду від 27 червня 2007 р. провадження у справі закрито, П. звільнена від кримінальної відповідальності на підставі Закону від 19 квітня 2007 р. № 955-V «Про амністію».

Тривалість розгляду справи зумовлена саме необхідністю проведення судово-почеркознавчої експертизи, виїмок документів, внаслідок недостатньої якості досудового слідства, оскільки П. обвинувачувалась у тому, що вона, будучи службовою особою і працюючи на посаді державного виконавця ВДВС П'ятихатського районного управління юстиції, склала завідомо неправдивий документ — акт від 5 червня 2005 р. про відсутність майна боржника, на підставі якого 29 червня 2005 р. винесла постанову про повернення виконавчого документа стягувачеві — Державному Ощадбанку України в особі Жовтоводсько-П'ятихатського відділення № 7787 про стягнення з Г. суми боргу.

Разом з тим при проведенні досудового слідства не встановлено ким саме були виконані підписи у зазначених документах, а в суді П. вказані факти заперечувала, що і призвело до необхідності призначення експертизи та тривалого розгляду справи.

Ще приклад.

Кримінальна справа за обвинуваченням Г. за ч. 4 ст. 191 та ч. 1 ст. 366 КК надійшла в провадження Першотравенського міського суду Дніпропетровської області 9 грудня 2004 р. По справі неодноразово призначалося судово-бухгалтерські експертизи та судово-економічна експертиза. Постановою прокурора м. Першотравенська від 3 липня 2006 р. була змінена кваліфікація дій Г. з ч. 4 ст. 191 на ч. 2 ст. 191 КК. Вироком суду від 5 липня 2006 р. Г. визнано винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ч. 1 ст. 366 КК, і їй призначено покарання на підставі ст. 70 КК у вигляді трьох років обмеження волі із забороною займати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями, строком на два роки. Від призначеного покарання Г. звільнена на підставі акту амністії. Ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 28 вересня 2006 р. вирок Першотравенського міського суду залишено без змін.

Причини зміни і скасування судових рішень

Суди, виконуючи вимоги КПК, стали більше приділяти уваги вивченню справ, які надійшли до суду, і в разі необхідності вирішували питання про повернення справ для додаткового розслідування. Разом з тим мали місце випадки, коли суди приймали до свого провадження кримінальні справи, в яких органи досудового слідства не вжили заходів для з'ясування всіх обставин, за яких було вчинено злочини, неякісно проводили судове слідство і постановляли необґрунтовані або незаконні вироки. У зв'язку з цим апеляційні суди скасовували такі вироки місцевих судів, а справи повертали прокурорам для проведення додаткового розслідування.

Разом з тим при вирішенні питання про необхідність повернення кримінальних справ на додаткове розслідування в ряді випадків деякі суди не врахували вимоги КПК та роз'яснень, даних у постанові Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. № 2 «Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування». Згідно із роз'ясненнями, які містяться в п. 13 цієї постанови Пленуму, повернення кримінальних справ на додаткове розслідування повинно бути мотивованим, а підстави для цього обґрунтованими.

Мали місце випадки, коли при поверненні справ на додаткове розслідування суди в рішеннях про це ставили неконкретні питання, а також давали такі доручення, які не відповідають вимогам КПК.

Так, Євпаторійський міський суд АР Крим 24 травня 2006 р. справу стосовно К., обвинуваченого у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 222 та ч. 2 ст. 366 КК, повернув на додаткове розслідування. Серед інших питань, які слід було з'ясувати, суд зазначив таке: встановити місце знаходження та взяти пояснення в осіб, які мають стосунок до оформлення договору від 27 травня 1999 р. № 19. Скасовуючи цю постанову суду, колегія суддів 8 серпня 2006 р. зазначила, що такі пояснення не можуть замінити протоколи допиту свідків. Крім того, з інших питань, які є в постанові, то вони неконкретні. У них органи досудового слідства не зорієнтовані на те, кого конкретно та з яких саме питань слід допитати. Як далі зазначено в ухвалі, суд мав можливість усі питання, які слід було з'ясувати, вирішити в порядку, передбаченому ст. 315[1] КПК, без повернення справи на додаткове розслідування.

У практиці деяких судів мають місце випадки направлення справ на додаткове розслідування зі стадії попереднього розгляду з порушенням вимог закону.

Так, постановою Рівненського районного суду однойменної області від 13 вересня 2006 р. кримінальну справу за обвинуваченням П. за ч. 5 ст. 191, ч. 2 ст. 366, ч. 2 ст. 364 та ч. 2 ст. 366 КК зі стадії попереднього розгляду повернено прокурору Рівненської області на додаткове розслідування через істотні порушення норм кримінально-процесуального законодавства, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду. На переконання суду, обвинувачення П. пред'явлено із порушенням вимог статей 132, 143 КПК,

тобто воно не відповідає диспозиціям статей КК, за якими вона притягується до кримінальної відповідальності, та містить істотні суперечності. У постанові про притягнення П. як обвинуваченої не зазначено час та місце вчинення злочину, які саме кошти були нею розкрадені та кому вони фактично належали на час заволодіння. Незрозумілим та суперечливим є обвинувачення П. за ч. 2 ст. 364 КК. Обвинувачення П. двічі за ч. 2 ст. 366 КК не відповідає вимогам диспозиції цієї статті, оскільки повторне вчинення одного і того ж злочину не може розглядатися як два окремі злочини з однаковою кваліфікацією.

Крім того, у справі відсутня позовна заява, яка б відповідала вимогам закону, в обвинувальному висновку не вказано яким чином наведені докази та документи підтверджують вину П. у вчинені нею злочинів, за ч. 2 ст. 364 КК справу було порушено за день до закінчення досудового слідства, що є порушенням права обвинуваченої на захист.

У поданій на постанову суду апеляції прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, просив постанову скасувати як незаконну, а справу повернути суду першої інстанції на новий розгляд. Свої вимоги він мотивував тим, що повернення справи на додаткове розслідування із стадії попереднього розгляду можливе тільки у випадках, коли під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства були допущені такі порушення вимог КПК, без усунення яких вона не може бути призначена до судового розгляду. Такі порушення на його думку, у справі відсутні.

Ухвалою апеляційного суду від 14 листопада 2006 р. постанова Рівненського районного суду від 13 вересня 2006 р. щодо П. скасована, а справа направлена на новий судовий розгляд.

У результаті вивчення розглянутих суами кримінальних справ встановлено, що основними причинами оскарження та скасування рішень суду у справах зазначеної категорії були однобічність і неповнота досудового, судового слідства та невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи.

Крім того, причиною скасування рішень суду були й істотні порушення норм кримінально-процесуального законодавства.

Так, постановою Старобільського районного суду Луганської області від 28 грудня 2006 р. справу за звинуваченням Б., Д., Р. за ч. 5 ст. 191, ч. 2 ст. 366 КК повернено прокурору для проведення додаткового розслідування. Скасовуючи цю постанову, апеляційний суд вказав, що при розгляді справи було порушено право підсудних на захист. Зокрема, у судовому засіданні прокурором було змінено обвинувачення у порядку ст. 277 КПК, проте правові наслідки цього суд підсудним не роз'яснив, продовжив розгляд справи за новим обвинуваченням, чим порушив право підсудних на захист.

Інший приклад.

Вироком Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 19 грудня 2006 р. за ч. 1 ст. 366 КК засуджені К., С., З. кожен окремо на один рік обмеження волі з позбавленням права займатися

адміністративно-господарською діяльністю строком на один рік. Від призначеного покарання засуджені звільнені на підставі статей 75, 76 КК.

За вироком суду засуджені визнані винними у тому, що К., працюючи контролером енергонагляду Новомосковських РЕМ 3 березня 2006 р. виявив пошкодження пломби на електролічильнику у квартирі, яка належить Л., після чого демонтував лічильник, склав документ про направлення лічильника на проведення експертизи, запакував, опломбував його та видав абоненту Л. акт-припис з повідомленням про явку до Новомосковських РЕМ, але разом з цим не склав акт про порушення Правил користування електричною енергією для населення.

У квітні 2006 р. К., перебуваючи у приміщенні Новомосковських РЕМ, за згодою електромонтера З. і контролера С. вніс їх до акта про порушення зазначених Правил як осіб, які начебто взяли участь у проведенні перевірки у Л., після чого З. і С. підписали цей акт, чим склали завідомо неправдивий документ.

Скасовуючи вирок, суд апеляційної інстанції в ухвалі від 30 березня 2007 р. зазначив, що суд першої інстанції всупереч ст. 334 КПК в мотивувальній частині вироку не висвітлив об'єктивну сторону складу злочину, у вчиненні якого засудженні визнані винними, а саме: якими повноваженнями наділені кожен із них та на підставі яких нормативно-правових актів вони мають право проводити перевірки та складати акти про виявлені порушення Правил користування електричною енергією, тобто чи є кожен із засуджених службовою особою.

В апеляційних інстанціях змінювалися вироки з перекваліфікацією дій засуджених з ч. 2 на ч. 1 ст. 366 КК у зв'язку з недоведеністю настання тяжких наслідків.

Наприклад, вироки стосовно Л., засудженого Полтавським районним судом Полтавської області за ч. 2 ст. 364 та ч. 2 ст. 366 КК та Б., Н. і М., засуджених Лубенським міськрайонним судом за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 366, ч. 1 ст. 222 КК. Зміни цих вироків пов'язані з тим, що фактичні обставини справи свідчили про відсутність тяжких наслідків.

Поняття «тяжкі наслідки» має майновий і немайнових характер.

Щодо майнового характеру тяжких наслідків, то в примітці 4 до ст. 364 КК зазначено, що тяжкими наслідками, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян.

На практиці органи досудового слідства, а також деякі суди, визначаючи розмір заподіяних збитків, розраховують їх, виходячи із суми у 17 грн.

Разом з тим відповідно до п. 22.5 ст. 22 Закону від 22 травня 2003 р. № 889-IV «Про податок з доходів фізичних осіб», який набрав чинності 1 січня 2004 р., для кваліфікації злочинів сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, яка визначається на початок відповідного року.

Звільнення осіб від кримінальної відповідальності

Узагальнення засвідчило, що суди загалом правильно застосовують вимоги ст. 47 КК при звільненні особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки.

Постановою Літинського районного суду Вінницької області від 24 липня 2007 р. звільнено від кримінальної відповідальності К. з передачею його на поруки трудовому колективу на підставі ст. 47 КК.

К. обвинувачувався за ч. 1 ст. 366 КК в тому, що він, працюючи державним реєстратором Літинської райдержадміністрації видав директору ДП «Літинський автобусний парк» підроблене свідоцтво про державну реєстрацію підприємства, хоча насправді державної реєстрації цього підприємства не було.

Передаючи К. на поруки трудовому колективу, суд послався на те, що він визнав свою вину та розкаявся, має на утриманні пристарілих батьків.

Загалом застосування судами ст. 48 КК було обґрунтованим.

Наприклад, Новопсковський районний суд Луганської області закрив провадження у справі за обвинуваченням К. за ч. 1 ст. 366 КК. Працюючи сільським головою, К. підробила листок прибуття та оформила незаконну реєстрацію Н., а також внесла неправдиві відомості про продовження строку дії договору оренди з підприємством. На момент розгляду справи судом підприємство було ліквідоване, незаконна реєстрація анульована і суд правильно розцінив ці обставини як зміну обстановки.

Водночас нерідко суди розцінювали як зміну обстановки позитивні характеристики підсудного та пом'якшуючі покарання обставини і не вказували, в чому полягає зміна обстановки на час розгляду справи порівняно з часом вчинення злочину.

Наприклад, Лисичанський міський суд Луганської області розглянув та закрив із застосуванням ст. 48 КК на підставі лише позитивних характеристик підсудної кримінальну справу за обвинуваченням К. за ч. 2 ст. 366 та ч. 2 ст. 212 КК.

У деяких справах підстави для закриття провадження у справі викликають сумнів.

Так, Ленінський районний суд м. Луганська розглянув справу за обвинуваченням інспектора митниці М. за ч. 3 ст. 28, ч. 3 ст. 364, та ч. 1 ст. 366 КК. Він обвинувачувався у тому, що, виконуючи митне оформлення транзитних вантажів, які прямували через митний пост «Довжанський», засвідчував підроблені документи (інвойси та пакувальні листи) власним номерним штампом і підписом, які надавало їм юридичної сили. Тим самим М. фактично діяв у співучасті з організованою міжнародною злочинною групою, діяльність якої була припинена правоохоронними органами Російської Федерації, і у формулюванні обвинувачення, визнаного судом доведеним, суд вказує на відведену М. роль діяльності цієї злочинної групи. У самих інвойсах змінювалися найменування та коди товарів. Дійшовши висновку про винність М. у пред'явленому обвинуваченні, суд закрив провадження у справі з підстав, передбачених ст. 48 КК. При цьому суд послався на позитивні характеристики

підсудного та його щире каяття. Однак ці обставини не свідчать про зміну обстановки, а обвинувачення пред'являлося М. за 14 епізодами злочинної діяльності.

Інколи при закритті кримінальних справ судді не дотримуються вимог статей 93 і 248 КПК і у своїх постановах з осіб, які звільняються від кримінальної відповідальності, стягують судові витрати за проведення судових експертиз тощо.

Зокрема, постановою Роменського міськрайонного суду Сумської області від 26 січня 2006 р. Ш. та О. були звільнені від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 190 та ч. 1 ст. 366 КК по амністії. При закритті цієї справи суд стягнув у рівних долях із зазначених осіб судові витрати за проведення експертизи.

Відповідно до ст. 93 КПК судові витрати покладаються виключно на засуджених. При визнанні підсудного винним суд постановляє стягнути з нього судові витрати, а згідно з вимогами ч. 1 ст. 248 КПК за наявності підстав для закриття кримінальної справи суддя своєю мотивованою постановою закриває справу, скасовує запобіжні заходи, заходи забезпечення цивільного позову і конфіскації майна, а також вирішує питання про речові докази, зокрема про гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом.

Аналізуючи положення наведених вище норм процесуального закону, можна зробити висновок, що при закритті кримінальних справ у зв'язку з актом амністії судові витрати не стягуються.

Трапляються випадки, коли судді за вироком визнають особу винною у вчиненні злочину, але кримінальне покарання їй не призначають, а потім цим же вироком звільняють таку особу від кримінальної відповідальності.

Так, Глухівський міськрайонний суд Сумської області вироком від 6 травня 2006 р. визнав П. винною у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 212, ч. 2 ст. 364 та ч. 2 ст. 366 КК, та їй було призначено покарання за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 364 та ч. 2 ст. 366 КК. Цим же вироком П. відповідно до ч. 4 ст. 212 КК було звільнено від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 212 КК.

Відповідно до вимог ст. 74 та ч. 4 ст. 212 КК, ст. 335 КПК та роз'яснень, викладених у постановах Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» та від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності», особа може бути звільнена тільки від покарання, тобто вона повинна бути визнана за вироком суду винною у вчиненні конкретного злочину, потім їй необхідно призначити кримінальне покарання за цим законом і лише після цього необхідно вирішувати питання про звільнення засудженої особи від призначеного покарання (за наявності для цього законних підстав).

Винятком з цього правила є випадки, коли суд не вправі перейти до більш м'якого виду покарання внаслідок того, що санкцією закону, за яким засуджується особа, передбачені лише такі кримінальні покарання, які з огляду на її вік чи стан не можуть бути до неї застосовані. За наявності таких підстав

суд повинен постановити обвинувальний вирок і все одно звільнити засудженого від покарання.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що особу можна звільнити від кримінальної відповідальності лише до постановлення вироку по справі, у зв'язку з цим звільнення особи від кримінальної відповідальності потрібно розрізняти і від звільнення засудженого від покарання та від його відбуття на підставі розд. XII або статей 104, 105 і 107 Загальної частини КК.

Практика призначення кримінального покарання

Переважна більшість осіб, які засуджені за вчинення злочину, склад якого передбачено ст. 366 КК, вчинили й інші злочини, в тому числі і в сфері службової діяльності, тому призначення покарання судом здійснюється за сукупністю злочинів.

При призначенні покарання суди правильно керуються вимогами статей 65—67 КК, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

За апеляціями засуджених призначене судами першої інстанції покарання пом'якшувалося, нерідко у зв'язку з перекваліфікацією дій засудженого на менш тяжкий злочин.

Так, вироком Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 5 жовтня 2006 р. Л. був засуджений за ч. 2 ст. 366 КК на два роки шість місяців позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в судових та правоохоронних органах строком на три роки.

Ухвалою Апеляційного суду Рівненської області за апеляцією Л. вирок щодо нього змінено, а саме: його дії перекваліфіковано на ч. 1 ст. 366 КК і призначено покарання у вигляді штрафу в розмірі 850 грн з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із судовою та правоохоронною діяльністю строком на два роки.

У судовій практиці були випадки неправильного застосування судом кримінального закону при призначенні засудженому покарання.

Так, Великоберезнянський районний суд Закарпатської області визнав Р. винним у тому, що він, будучи службовою особою — головою дільничної комісії № 58 у с. Сіль з виборів народних депутатів України, що відбулися 26 березня 2006 р., зловживаючи своїм службовим становищем, отримав у квітні 2006 р. від бухгалтера Великоберезнянської райдержадміністрації 3 тис. 172 грн на виплату одноразової матеріальної допомоги членам дільничної виборчої комісії, підписався замість них у платіжній відомості, внісши в офіційний документ неправдиві відомості, та виплатив їм усього 1 тис. 715 грн і собі 305 грн 57 коп., а різницю в сумі 1 тис. 152 грн — привласнив. Дії Р. суд кваліфікував за ч. 2 ст. 191 та за ч. 1 ст. 366 КК і призначив йому покарання: за ч. 2 ст. 191 КК — три роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням товарно-матеріальних цінностей строком на один рік; за ч. 1 ст. 366 КК — штраф у розмірі 510 грн. На підставі ст. 75 КК Р. звільнено від відбування покарання з іспитовим строком на один рік.

Ухвалою Верховного Суду України від 13 березня 2007 р. вирок щодо Р. було скасовано у зв'язку з порушенням кримінального закону, а саме:

призначивши покарання окремо за кожний із злочинів, суд не призначив засудженому покарання за сукупністю злочинів на підставі ст. 70 КК. Також суд призначив Р. два основних покарання, одне з яких — штраф, що відповідно до вимог ст. 75 КК не давало підстав для звільнення засудженого від відбування цього покарання з випробуванням.

З метою посилення боротьби зі службовими злочинами законодавець передбачив застосування додаткового покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як обов'язкове у санкціях як ч. 1, так і ч. 2 ст. 366 КК. Це означає, що суди відповідно до вимог ст. 65 КК зобов'язані застосовувати таке покарання і лише в разі наявності підстав для застосування ст. 69 КК, тобто обрання більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, суд вправі його не застосувати.

Вивчення кримінальних справ показало, що не всі суди дотримуються цих вимог закону.

Так, вироком Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 28 березня 2006 р. Л. засуджено за ч. 3 ст. 364 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на два роки без конфіскації майна, а за ч. 1 ст. 366 КК на один рік обмеження волі. Додаткове покарання за цією статтею КК не призначено.

Відповідно до роз'яснень, що наведені у п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», рішення про позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, має бути чітко сформульоване в резолютивній частині вироку, для того щоб не виникло жодних сумнівів під час його виконання.

Інколи суди надмірно конкретизують ці заборони, зазначаючи фактично обсяг роботи.

Так, вироком Миргородського міськрайонного суду Полтавської області Ч., який працював ординатором хірургічного відділення Миргородської центральної районної лікарні, засуджений за ч. 2 ст. 368 та ч. 1 ст. 366, 69, 70 КК на п'ять років позбавлення волі без конфіскації майна, з позбавленням права строком на два роки заповнювати та вести медичну документацію із заповнення історій хвороб, визначати тимчасову непрацездатність осіб. На підставі ст. 75 КК звільнений від відбування покарання з випробуванням іспитовим строком на один рік шість місяців.

Призначення такого виду додаткового покарання не передбачено законом. За змістом ст. 55 КК допускається лише позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Розглядаючи справу в апеляційній інстанції, колегія суддів Апеляційного суду Полтавської області застосувала ст. 69 КК та виключила з вироку вказівку про призначення додаткового покарання за ч. 1 ст. 366 КК.

Аналіз справ свідчить про типові помилки, що допускають суди при призначенні додаткових покарань. Так, іноді, не призначаючи додаткове покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися

певною діяльністю, суд не посилається на ст. 69 КК і не наводить у мотивувальній частині вироку відповідних пом'якшуючих обставин.

Наприклад, Білокуракінський районнй суд Луганської області розглянув справу за звинуваченням В. за ч. 1 ст. 366 КК і призначив покарання у вигляді обмеження волі без позбавлення права займати посади, не посилаючись на ст. 69 КК.

Така ж помилка допущена цим же судом при розгляді справи за звинуваченням О. за ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 175, ч. 2 ст. 191 КК.

Іноді застосування ст. 69 КК та звільнення від покарання із застосуванням ст. 75 КК взагалі не вмотивоване і не відповідає тяжкості вчиненого злочину.

Так, вироком Сєвєродонецького міського суду Луганської області від 5 квітня 2006 р. до членів організованої злочинної групи, посадових осіб ОП «Шахта ім. Мельнікова» Ш., М., та Н., яких суд визнав винними у вчиненні злочинів, склад яких передбачено ч. 5 ст. 191 та ч. 2 ст. 366 КК, та які розкрадали кошти шахти шляхом внесення до нарядів на виконання робіт та до інших документів протягом декількох років неправдиві відомості щодо виконання підземних робіт, які фактично не виконувалися, судом без зазначення передбачених законом підстав застосовано ст. 69 КК як до основного, так і додаткового покарання, а також ст. 75 КК без наведення законних підстав для її застосування.

Крім того, призначаючи покарання із застосуванням ст. 75 КК, деякі суди не тільки не зазначали у вироках, що звільнення від покарання з випробуванням поширюється лише на основне покарання, але і всупереч вимогам ст. 75 КК застосовували його і до додаткових видів покарання.

Так, Алчевський міський суд Луганської області у 2007 р., розглядаючи кримінальну справу за обвинуваченням А. за ч. 1 ст. 366 та ч. 1 ст. 368 КК, відповідно до ст. 70 КК призначив покарання — один рік обмеження волі з позбавленням спеціального права та застосував при цьому ст. 75 КК до усього покарання.

Відповідно до ч. 1 ст. 75 КК засуджені особи можуть звільнятися від відбування основного покарання з випробуванням. Призначені при цьому додаткові покарання відповідно до ст. 77 КК виконуються самостійно.

Згідно з роз'ясненнями, даними у п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», суд при постановленні вироку у цьому випадку повинен вказати в резолютивній частині вироку, що особа звільняється від відбування лише основного покарання.

В окремих випадках суди допускають порушення цих вимог закону та роз'яснень зазначеної постанови Пленуму Верховного Суду України.

Ось приклад. Вироком Октябрського районного суду м. Полтави Ч. засуджено за ч. 1 ст. 366 КК на два роки обмеження волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі здійсненням на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій строком на один рік; за ч. 3 ст. 358 КК на один рік обмеження волі. Згідно зі ст. 70 КК за сукупністю злочинів

призначено покарання у виді двох років обмеження волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі здійсненням на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій строком на один рік. На підставі ст. 75 КК Ч. звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на один рік.

При цьому суд не вказав у вироку, що засуджений звільняється від відбування тільки основного покарання.

Таким чином, суд безпідставно звільнив засудженого від відбування покарання, яке передбачене ст. 77 КК.

Виправдувальні вироки

Суди в основному вирішують справи про службове підроблення з додержанням вимог закону, виправляючи помилки, допущені органами досудового слідства.

Так, за законом виконавцем злочину, відповідальність за який передбачена ст. 366 КК, може бути лише службова особа.

Відповідно до п. 1 примітки ст. 364 КК службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представника влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

Крім того, відповідальність за ст. 366 КК настає лише за умови, що злочинні дії службової особи були зумовлені її службовим становищем абопов'язані з її владними повноваженнями. Якщо такого зв'язку не встановлено, дії винного за наявності до того підстав можуть кваліфікуватися за статтями КК, що передбачають відповідальність за злочини проти особи, власності, громадського порядку тощо.

Особа, з якою укладено договір про матеріальну відповідальність, не може визнаватися службовою особою, якщо вона не виконувала організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків.

Так, вироком Машівського районного суду Полтавської області від 23 січня 2006 р. засуджено Ч. за ч. 4 ст. 191 КК на п'ять років позбавлення волі, з позбавленням права займати певні посади, пов'язані з розпорядженням товарно-матеріальними цінностями, строком на два роки. На підставі ст. 75 КК її звільнено від відбування покарання з випробуванням іспитовим строком на два роки.

За ч. 2 ст. 366 КК Ч. виправдано.

Органи досудового слідства обвинувачували Ч. у тому, що, працюючи буфетником 5-го розряду пункту гарячого харчування відділу робітничого постачання нафтогазовидобувного управління (НГВУ) «Полтаванафтогаз» ВАТ «Укрнафта», і будучи службовою особою, та матеріально-відповідальною особою, вчинила привласнення майна НГВУ «Полтаванафтогаз» ВАТ «Укрнафта» на суму 25 тис. 20 грн.

З метою приховування своєї злочинної діяльності, використовуючи своє службове становище, завідомо знаючи, що не передавала товаро-матеріальних цінностей на суму 25 тис. 20 грн з буфету до столової № 10, Ч. склала та передала в бухгалтерію для врахування в бухгалтерському обліку накладну № 889 від 15 вересня 2004 р. на суму 25 тис. 20 грн та товарний звіт за 15—20 вересня 2004 р.

Суд першої інстанції при розгляді справи правильно встановив та вказав у вироку, що підсудна Ч. на момент вчинення злочину працювала буфетником 5-го розряду та не була наділена будь-якими владними повноваженнями, тобто відповідно до п. 1 примітки ст. 364 КК не була службовою особою, а лише матеріально-відповідальною особою і виправдав її за ст. 366 КК.

Виправдувальні вироки постановлювалися судами у разі недоведеності вини підсудних у вчиненні інкримінованих їм злочинів.

Так, вироком Радивилівського районного суду Рівненської області від 27 жовтня 2006 р. виправдано К. за ч. 2 ст. 366 , ч. 5 ст. 191 ч. 3 ст. 365, ч. 2 ст. 210 КК, А. за ч. 2 ст. 366, ч. 5 ст. 191, ч. 1 ст. 202 КК за відсутністю в їх діях складу цих злочинів.

Органи досудового слідства обвинувачували К. у тому, що працюючи головою Радивилівської міської ради Рівненської області, з метою заволодіння бюджетними коштами для власного збагачення в 2002 і 2003 рр. вступив у злочинну змову з приватним підприємцем А., з яким вчинили розкрадання державних коштів в особливо великих розмірах.

Так, в 2002 та 2003 рр. К., використовуючи своє службове становище, порушив встановлений порядок проведення робіт з ремонту доріг у м. Радивилові та без складання актів виявлених дефектів на дорогах, без проектно-кошторисної документації, 1 липня 2002 р. і 14 березня 2003 р. уклав угоди з А. на проведення ремонту доріг.

У подальшому К. як міський голова прийняв і затвердив акти виконаних робіт, згідно з якими їх вартість була завищена. У 2002 та 2003 рр. К. провів їх оплату з міського бюджету на рахунок А. в АКБ «ПриватБанк».

Усього К. з А. в 2002 та 2003 рр. вчинили розкрадання державних коштів на загальну суму 44 тис. 976 грн.

Внесення в акти виконаних робіт неправдивих відомостей щодо фактичних витрат асфальтобетону на ремонт доріг потягло розкрадання державних коштів на суму 44 тис. 976 грн.

К. як голова міської ради перевищив свої службові повноваження та одноособово, без створення комісії, прийняв виконані приватним підприємцем А. роботи з ремонту доріг у м. Радивилові, які не могли бути прийняті в експлуатацію, та провів їх оплату на суму 170 тис. 865 грн. Він же порушив законодавство про бюджетну систему України, незаконно використавши бюджетні кошти в обсягах, що перевищували затверджені межі видатків у 2002 р. в сумі 60 тис. 938 грн, а в 2003 р. в сумі 34 тис. 34 грн та незаконно використав не за цільовим призначенням в 2002 р. 120 тис. 438 грн та в 2003 р. 40 тис. 794 грн.

А., будучи суб'єктом підприємницької діяльності, без відповідної на те ліцензії, здійснював свою діяльність й отримав за це дохід в 2002 р. 78 тис. 300 грн та в 2003 р. 100 тис. 782 грн.

Суд першої інстанції ретельно перевірив зібрані в справі докази і дійшов обґрунтованого висновку про невинуватість К. та А. у вчиненні інкримінованих їм органами досудового слідства злочинів.

Ухвалою Апеляційного суду Рівненської області від 26 грудня 2006 р. вирок щодо К. і А. залишено без змін.

За сукупністю злочинів, склад яких передбачено ст. 366 КК та ст. 396 КК, особи до кримінальної відповідальності не притягувалися.

Більшість апеляційних судів у своїх узагальненнях зазначали, що труднощів з розгляду цієї категорії справ не виникає. Однак аналіз судової практики свідчить про те, що проблеми з їх розглядом все ж наявні, зокрема, щодо визначення суб'єкта злочину, а також щодо призначення покарання.

Так, суб'єктом злочинів, склад яких передбачено ст. 366 КК, може бути тільки службова особа. У законодавчому визначенні поняття «службова особа» вказується на п'ять видів функцій чи обов'язків, виконання яких особами, наділеними правом на їх виконання, є підставою для визнання їх службовими особами, зокрема: 1) функції представника влади; 2) організаційно-розпорядчі обов'язки; 3) адміністративні-господарські обов'язки. При цьому виконання кожного із зазначених видів обов'язків окремо недостатньо для визнання особи службовою, такою вона може визнаватися при їх поєднанні: одночасно або організаційні та розпорядчі, або адміністративні та господарські.

Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення службового підроблення необхідно чітко зазначати у процесуальних документах, зокрема у вироках та постановах (ухвалах), до якої категорії службових осіб належить особа у зв'язку із вчиненням нею діяння, оскільки обіймання особою відповідної посади може бути пов'язане із виконанням нею як функцій представника влади, так і організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків.

Як свідчить аналіз практики розгляду справ про злочини, склад яких передбачено ст. 366 КК, суди не завжди чітко вказують, за яким критерієм особу визнано службовою, в окремих випадках у процесуальних документах відтворюється положення п. 1 примітки до ст. 364 КК, особливо така ситуація має місце при розгляді справ про вчинення службового підроблення працівником правоохоронного органу.

Роз'яснення щодо питань про те, що потрібно розуміти виконанням функцій представників влади та організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, дається у п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

Узагальнення висвітлило наявність проблеми із застосуванням судами передбаченого санкцією ч. 1 ст. 366 КК додаткового покарання у виді позбавлення засудженого права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Так, ч. 1 ст. 366 КК передбачено покарання у виді штрафу до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Системно-логічний та філологічний методи дослідження санкції ч. 1 ст. 366 КК в частині призначення додаткового покарання дають змогу зробити такий висновок: сполучник «або» в аналізованому тексті є сурядним переліковим, тобто таким, що вживається для з'єднання в одному переліку однорідних, рівноправних частин речення.

Окрім того, якщо проаналізувати тексти санкцій частин 1 однорідних статей 365, 366, 367 КК, то виявляється така закономірність: за допомогою розділового сполучника «або» та коми у санкції перераховуються однорідні, рівноправні види покарань, обрати з яких необхідно одне залежно від тяжкості порушення.

У статтях 365 та 367 КК види основного покарання (у тому числі штраф — у ст. 367 КК) відділені від додаткового покарання («позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю») комою.

На нашу думку, у ч. 1 ст. 366 КК ця обов'язкова в цьому випадку кома просто помилково пропущена.

Необхідно також враховувати, що основна мета застосування санкцій — не лише покарати порушника, а й позбавити його можливості у подальшому порушувати положення законів та кодексів, тобто запобігання вчиненню нових злочинів.

Досягти цього можна, наприклад, шляхом позбавлення особи на деякий час права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Можна також проаналізувати ст. 172 «Посадовий підлог» КК 1960 р., в якій перелічені (від слова *перелік*) види основного покарання відділяються від додаткового покарання комою.

Отже, на нашу думку, у ч. 1 ст. 366 КК додаткове покарання «позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю» також, за аналогією, має відділятися від основного покарання комою, тобто стосується обох зазначених у переліку видів основного покарання.

У ході узагальнення встановлено, що призначення реального відбування покарання за результатами розгляду справ зазначеної категорії місцевими судами майже не застосовується, незважаючи на підвищену суспільну небезпеку злочинів цієї категорії, та наявності в ряді випадків за сукупністю зі ст. 366 КК тяжких або особливо тяжких злочинів.

Аналіз судової практики розгляду цих справ також свідчить, що іноді суди допускають істотні порушення вимог процесуального і матеріального права, але за відсутності апеляцій учасників процесу, касаційних скарг або касаційних подань прокурорів незаконні постанови і вироки місцевих судів залишаються без змін.

Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 368 Кримінального кодексу України (одержання хабара)*

(Витяг)

На виконання плану роботи Верховний Суд України спільно з апеляційними судами провів узагальнення практики розгляду судами кримінальних справ про хабарництво, зокрема про одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України (далі — КК)). Мета узагальнення — вивчення стану справ із оперативністю та якістю розгляду кримінальних справ зазначеної категорії, а також законністю та обґрунтованістю постановлених у справах вироків.

У ході узагальнення було вивчено результати проведеного апеляційними судами аналізу практики розгляду судами у І півріччі 2009 р. кримінальних справ про хабарництво, зокрема, про одержання хабара, а також використані офіційні статистичні дані Державної судової адміністрації України.

Одержання хабара є злочином у сфері службової діяльності. Згідно з чинним законодавством відповідальність за одержання хабара можуть нести тільки службові особи. Для притягнення особи до кримінальної відповідальності за службовий злочин необхідно провести повне і всебічне дослідження обставин вчинення злочину, встановити всі ознаки складу злочину, з'ясувати службове становище, місце роботи, коло повноважень особи, обвинуваченої у вчинені такого злочину, її поведінку до вчинення злочину, мотиви, мету і характер вчинених дій, їх зв'язок зі службовим становищем та наслідки, що настали в результаті таких дій. Зібрані докази мають бути ретельно перевірені під час судового розгляду, що є запорукою призначення покарання відповідно до вчиненого.

Відповідальність за одержання хабара настає за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третьої особи, будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища, яку вона може чи повинна вчинити відповідно до своїх службових повноважень.

Вивчення матеріалів засвідчило, що суб'єктами цих злочинів були у більшості випадків керівники середньої ланки державних, комунальних підприємств та організацій, працівники правоохоронних або контролюючих органів тощо. Це, як правило, особи, які вперше притягнуті до кримінальної відповідальності.

Засуджені, будучи службовими особами, одержували хабарі за виконання чи невиконання в інтересах хабародавців або в інтересах третіх осіб певних дій з використанням наданої їм влади чи службового становища, зокрема, за передачу в оренду приміщень, земельних ділянок, видачу дозволів на заняття підприємницькою діяльністю, несанкціоновану рубку лісу, за сприяння

* Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України В.Г. Жуком та головним консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України О.С. Іщенко.

ухиленню від податкових та інших санкцій контролюючих органів, за видачу неправдивих медичних і різного роду інших довідок, за гарантування успішної здачі заліків, іспитів тощо.

Оскільки злочин, склад якого передбачено ст. 368 КК, є корисливим, предмети хабарів мають виключно майновий характер.

Засуджені одержували хабарі в переважній більшості випадків у виді грошей як у національній валюті України, так і в іноземній (долари США).

При розгляді справ зазначеної категорії суди керуються вимогами чинного кримінального, кримінально-процесуального законодавства, а також нормами і положеннями Закону від 5 жовтня 1995 р. № 356/95-ВР «Про боротьбу з корупцією» та роз'ясненнями, наведеними у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі — постанова Пленуму № 5).

Підстави для закриття провадження у справах

Відповідно до ст. 248 КПК суддя за наявності обставин, передбачених ст. 6, ч. 1 ст. 7, статтями 7^1, 7^2, 8—10, 11^1 цього Кодексу, своєю мотивованою постановою закриває справу, скасовує запобіжні заходи, заходи забезпечення цивільного позову і конфіскації майна, а також вирішує питання про речові докази, зокрема про гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом.

У І півріччі 2009 р. місцеві суди закривали кримінальні справи з таких підстав:

1) застосування акту амністії

Так, Рівненський міський суд кримінальну справу щодо В., обвинуваченої за ч. 1 ст. 368 КК, закрив на підставі Закону від 12 грудня 2008 р. № 660-VI «Про амністію».

Згідно з постановою В. обвинувачувалась у тому, що, працюючи на посаді голови Рівненської міжрайонної медико-соціальної експертизи, за прийняття експертного рішення про встановлення Л. третьої групи інвалідності одержала від нього хабар у розмірі 600 євро, що станом на березень 2008 р. за курсом НБУ становило 4 тис. 754 грн 67 коп. Суд розглянув клопотання В. про застосування Закону «Про амністію» у зв'язку з досягненням нею на день набрання чинності цим Законом 55-річного віку (п. «г» ст. 1 Закону).

Як засвідчило узагальнення, значну кількість кримінальних справ органи досудового слідства порушували проти осіб за ч. 2 ст. 368 КК за кваліфікуючою ознакою «вимагання хабара». Однак в процесі розгляду справи в суді така кваліфікуюча ознака у багатьох випадках не була підтверджена, тому дії підсудних перекваліфіковувалися на ч. 1 ст. 368 КК і, за наявності відповідних підстав, справи закривалися на підставі акту амністії. Відповідно до вимог кримінального закону вимагання може бути вчинене як у формі примушування, коли службова особа пред'являє вимогу дати хабар, погрожуючи у випадку невиконання цієї вимоги вчинити або не вчиняти з використанням влади чи службового становища дії, які можуть заподіяти шкоди правам і законним інтересам того, до кого звернута ця вимога, так і шляхом умисного створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабар з метою запобігти шкідливим наслідкам для своїх прав та законних інтересів.

Так, у справі, розглянутій Сихівським районним судом м. Львова, В. обвинувачувався в тому, що, обіймаючи посаду головного державного податкового ревізора-інспектора Державної податкової інспекції у Сихівському районі м. Львова і будучи службовою особою, перевіривши торговий кіоск, який належить приватному підприємцю К., і виявивши порушення податкового та трудового законодавства, висунув останньому вимогу заплатити 500 доларів США за уникнення ним відповідальності. В подальшому, у визначеному місці, В. одержав від К. хабар у розмірі 400 доларів США.

Дії В. були кваліфіковані досудовим слідством за ч. 2 ст. 368 КК. Однак суд дійшов висновку, що кваліфікуюча обставина «вимагання хабара» не була підтверджена, оскільки К. в судовому засіданні показав, що під час зустрічі з В., коли той пояснив йому суть виявлених порушень, сам звернувся до нього з пропозицією якось вирішити це питання, тобто ініціатива дачі хабара виходила саме від нього.

У цьому випадку загрози порушення законних прав та інтересів К. не було, оскільки у нього виявлені порушення трудового та податкового законодавства, за які він згідно з чинним законодавством мав бути притягнений до відповідальності, а тому давав хабар з метою уникнення передбаченої законом відповідальності.

2) смерть підсудного

Наприклад, 3 березня 2007 р. до Київського районного суду м. Сімферополя надійшла кримінальна справа стосовно М., П.Р. і П.К.

21 травня 2009 р. провадження у справі щодо М., обвинуваченої за ч. 2 ст. 368 КК, було закрито у зв'язку з її смертю. Вирок щодо П.Р. і П.К. суд постановив у серпні 2009 р.

3) внаслідок зміни обстановки

Так, Орджонікідзевський районний суд м. Запоріжжя постановою від 27 січня 2009 р. звільнив Г. від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 368 КК, провадження у кримінальній справі закрив у зв'язку зі зміною обстановки. Як зазначено у постанові суду, Г., обіймаючи посаду головного державного санітарного лікаря Жовтневого району м. Запоріжжя і будучи службовою особою, одержав у своєму службовому кабінеті хабар у розмірі 100 доларів США від представника ВАТ «ХІС» М. за видачу висновку державної санітарної епідеміологічної експертизи № 246 від 14 жовтня 2008 р. про можливість надання розважальних послуг населенню цим підприємством. Суд врахував такі обставини: вчинений злочин є злочином середньої тяжкості, підсудний повністю визнав свою вину, щиро розкаявся у вчиненому, позитивно характеризується за місцем проживання та роботи, усунутий з раніше займаної посади.

4) передача особи на поруки колективу підприємства, установи, організації

Наприклад, Жовтневий районний суд м. Запоріжжя постановою від 28 квітня 2009 р. кримінальну справу за обвинуваченням А. за ч. 1 ст. 368 КК закрив на підставі ст. 47 КК у зв'язку з передачею особи на поруки. Згідно з постановою А., обіймаючи посаду лікаря-нарколога диспансерно-поліклінічного

відділення Запорізького обласного клінічного диспансеру і будучи посадовою особою, яка виконує організаційно-розпорядчі функції, 12 січня 2007 р., знаходячись у квартирі в м. Запоріжжі, маючи умисел на одержання хабара, діючи з корисливих мотивів, отримав від С., який перебуває на обліку в обласному наркодиспансері як особа, яка страждає на наркоманію, хабара у розмірі 100 доларів США за видачу сертифіката про проходження ним профілактичного наркологічного огляду.

Суд, передаючи А. на поруки трудовому колективу диспансерно-поліклінічного відділення комунальної установи «Запорізька обласна психіатрична лікарня», взяв до уваги такі обставини: раніше А. не судимий, вчинив злочин середньої тяжкості, щиро розкаявся у вчиненому.

Призначення покарання засудженим за ст. 368 КК.
Застосування судами положень статей 69, 75 КК

Ефективність покарання визначається тим, наскільки воно є законним, обґрунтованим і справедливим. Правильне призначення покарання є не тільки важливим засобом боротьби зі злочинністю у сфері службової діяльності, а й запорукою зміцнення правопорядку і запобігання вчиненню нових злочинів засудженими та іншими особами.

Вивчення матеріалів судової практики засвідчило, що суди, обираючи покарання винним в одержанні хабара, в основному додержувалися вимог кримінального закону (ст. 65 КК) щодо загальних засад призначення покарання та рекомендацій, викладених у постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (далі — постанова Пленуму № 7). Зокрема, суди враховують усі обставини справи, дані про особу винного, матеріальний стан, обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання. Вирішуючи питання про призначення покарання, суди загалом правильно розуміють вимоги закону щодо призначення його у кожному окремому випадку з урахуванням усіх обставин, що впливають на його вид і міру.

Узагальнення засвідчило, що суди в основному дотримувалися вимог закону про індивідуалізацію покарання, особливо звертаючи увагу на суб'єктивні складові злочинів, а саме: мотиви злочину, особу винного, а також обставини, які пом'якшували покарання. Пояснюється це тим, що засуджені за одержання хабарів у переважній більшості займали невисоке службове становище та одержували хабарі у порівняно невеликих сумах, з так званих ситуаційно життєвих, а не інших мотивів, раніше до кримінальної відповідальності не притягувалися, позитивно характеризувалися, підвищеної небезпеки для оточуючих не становили, як правило були позбавлені своїх посад, їхніми діями не було завдано великої шкоди. Тому характерним для цих справ є досить часте застосування судами ст. 75 КК та ст. 69 КК.

У ст. 75 КК відсутнє чітке визначення підстав для її застосування, але, виходячи зі змісту статті, законодавець надав суду можливість визначати такі підстави залежно від обставин справи. При цьому суду необхідно враховувати тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи. На це суди орієнтує також і п. 1 постанови Пленуму № 7.

Виконуючи зазначені вимоги, суди у переважній більшості випадків враховували тяжкість злочину, тобто характер діяння і спосіб його вчинення, мотиви, стадії та ін., а також обставини, що характеризували особу винного. Зокрема, більшість судів найчастіше враховували такі чинники, як розмір хабара, відсутність тяжких наслідків від вчиненого злочину, поведінка засудженого до його вчинення в побуті та за місцем роботи, вік, стан здоров'я, родинний стан, перебування на його утриманні неповнолітніх або осіб похилого віку, тяжкі захворювання членів сім'ї, відсутність судимостей, щире каяття, звільнення з роботи або посади тощо. Усі ці обставини та різне їх поєднання, на думку судів, істотно знижували ступінь небезпечності винної особи для суспільства, а тому давали судам підстави для звільнення засуджених від відбування покарання, але в умовах належного контрою за його поведінкою та виконанням покладених на нього судом обов'язків.

Так, вироком Здолбунівського районного суду Рівненської області Д. визнаний винним та засуджений за те, що, працюючи начальником служби з експлуатації підземних газопроводів Здолбунівського управління по експлуатації газового господарства, за видачу дозволу на користування газом одержав від Н. хабар у розмірі 500 грн. Суд засудив Д. за ч. 1 ст. 368 КК на три роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посаду начальника дільниці природного газу управління з експлуатації газового господарства строком на два роки. Врахувавши обставини, які пом'якшують покарання, зокрема, щире каяття, те, що особа вперше притягується до кримінальної відповідальності, позитивні характеристики засудженого, суд застосував до Д. ст. 75 КК, звільнивши його від відбування покарання з іспитовим строком два роки з покладенням обов'язків, передбачених пунктами 2, 3 ч. 1 ст. 76 КК.

Інший приклад.

У провадженні Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області перебувала справа за обвинуваченням П. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК. П. засуджено за те, що він 28 лютого 2009 р., будучи службовою особою державного підприємства «Ніжинське лісове господарство», з використанням службового становища, умисно, діючи з корисливих мотивів, одержав від Н. хабар у розмірі 1 тис. 600 грн за відпуск 4,5 м^3 деревини породи «дуб» з порушенням встановленого порядку відпуску деревини.

Вироком П. призначене покарання за ч. 1 ст. 368 КК у виді трьох років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі здійсненням адміністративно-господарських обов'язків у галузі лісового господарства строком на один рік. На підставі ст. 75 КК його звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком один рік, та покладено обов'язки, передбачені ст. 76 КК.

Застосовуючи ст. 75 КК стосовно П., місцевий суд дійшов висновку про можливість виправлення останнього без ізоляції від суспільства, взявши до уваги ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, який раніше не притягувався до кримінальної та адміністративної відповідальності, має незадовільний стан здоров'я, постійне місце проживання, на його утриманні

перебуває неповнолітня дитина, позитивно характеризується за місцем проживання та роботи.

Загалом у вироках, як правило, суди наводять мотиви звільнення засуджених від відбування покарання з випробуванням. Крім обставин, які пом'якшують покарання, враховуються такі дані про особу винного, як відсутність судимості, його характеристики, сімейний стан, наявність захворювань, вік, відсутність тяжких наслідків від вчиненого злочину тощо.

Засуджені, які звільнені від призначеного покарання на підставі статей 75, 76 КК, як правило, раніше до кримінальної відповідальності не притягувалися, за місцем роботи та проживання характеризувалися позитивно, в більшості випадків щиро розкаювалися у вчиненому.

Відповідно до ч. 1 ст. 75 КК засуджені особи можуть звільнятися від відбування основного покарання з випробуванням. Призначені при цьому додаткові покарання відповідно до ст. 77 КК виконуються самостійно. Як засвідчило узагальнення, суди у вироках не завжди зазначають, що особа звільняється від відбування лише основного покарання, що призводить до необґрунтованого звільнення їх також і від додаткового покарання.

Застосовуючи ст. 69 КК, суди зазначають у вироках наявність декількох (не менше двох) обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину. При цьому суди мотивують свої рішення із врахуванням загальних положень, закріплених у статтях 65—67 КК.

Так, у провадженні Деснянського районного суду м. Чернігова перебувала справа за обвинуваченням С.Н. за ч. 1 ст. 368 та ч. 1 ст. 366 КК,, який, працюючи лікарем ортопедом-травматологом поліклінічного відділення Чернігівської міської лікарні № 1 та обіймаючи посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, які полягали у видачі листків непрацездатності, вчинив службове підроблення та одержання хабара. 18 грудня 2008 р. С.Н. у медичній картці амбулаторного хворого С.П. прізвище останнього заклеїв папером із написаним прізвищем Д. та до номера квартири дописав цифру 1, змінивши ту на 31. Після цього він до медичної картки амбулаторного хворого С.П. вніс завідомо неправдиві відомості про огляд Д., зазначивши попередній діагноз «Закритий перелом середньої фаланги III пальця лівої кисті». Того ж дня С.Н. склав фіктивний листок непрацездатності, за яким Д. звільняється від роботи з 19 до 23 грудня 2008 р. у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, причиною якої є невиробнича травма. У подальшому, 23 та 29 грудня 2008 р., С.Н. вніс завідомо неправдиві записи до медичної картки амбулаторного хворого С.П. про повторні огляди Д. На підставі цих записів С.Н. продовжував звільняти від роботи Д. з 24 по 28 грудня, з 29 по 31 грудня 2008 р. включно, про що вносив відповідні записи у листок непрацездатності.

Продовжуючи злочинну діяльність, 30 грудня 2008 р. С.Н., перебуваючи в приміщенні поліклінічного приміщення лікарні в м. Чернігові, одержав від Д. як хабар гроші в сумі 800 грн. за неправомірну видачу листка непрацездатності. Вироком суду С.Н. призначено покарання із застосуванням ст. 69 КК у виді

штрафу у розмірі 12 тис. 750 грн. без позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Застосовуючи ст. 69 КК, суд врахував наявність таких пом'якшуючих обставин, як щире каяття С.Н. у вчиненому, активне сприяння у розкритті злочину, а також наявність у нього утриманців і позитивні характеристики засудженого.

Санкцією ч. 1 ст. 368 КК, крім основного, передбачено й додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, яке є обов'язковим. Тільки у разі наявності підстав для застосування ст. 69 КК, тобто обрання покарання більш м'якого, ніж передбачено законом, суд вправі не призначати таке додаткове покарання.

Узагальнення засвідчило, що не всі суди дотримуються цих вимог закону і коли приймається рішення не призначати додаткового покарання, у вироку відсутні посилання на ст. 69 КК.

Так, вироком Шевченківського районного суду м. Чернівців від 15 січня 2009 р. контролер енергонагляду Б. засуджена за ч. 1 ст. 368 КК (за одержання хабара в сумі 3 тис. грн за нескладання протоколу про позаоблікове споживання електроенергії) до покарання у виді штрафу в розмірі 12 тис. 500 грн.

У цій справі суд без посилання на ст. 69 КК не призначив Б. додаткове покарання, передбачене ч. 1 ст. 368 КК як обов'язкове — у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Таким чинм, внаслідок неправильного застосування судом закону, засуджена залишилась працювати на посаді, яка дала їй можливість одержати хабар.

Узагальнення засвідчило, що додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю суди призначають у межах, встановлених санкцією частини статті, і лише в тих випадках, коли вчинення особою злочину було пов'язане з посадою засудженого або із заняттям ним певною діяльністю.

Водночас при застосуванні цього виду додаткового покарання суди не завжди у вироках конкретизують посади чи діяльність, права на заняття якими позбавляються засуджені, тобто не враховують роз'яснення, викладені у п. 17 постанови Пленуму № 7 про те, що «рішення про позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю має бути чітко сформульоване в резолютивній частині вироку, для того щоб не виникло жодних сумнівів під час виконання останнього».

Проведений аналіз матеріалів засвідчив, що загалом суди правильно вирішують питання щодо призначення покарання винним, тобто додержуються вимог статей 65—73 КК і роз'яснень постанови Пленуму № 7, та обирають засудженим покарання, достатні для їх виправлення і попередження нових злочинів.

Розгляд апеляцій на судові рішення місцевих судів.
Причини скасування та зміни вироків

У ході узагальнення встановлено, що суди в основному правильно розуміють об'єктивну сторону зазначеного складу злочину та ознаки злочину, що впливають на його кваліфікацію, і правильно застосовують кримінальний закон.

Разом з тим мають місце істотні недоліки щодо повноти дослідження доказів у справі, обґрунтованості та законності прийнятих рішень. Вироки судів у справах цієї категорії оскаржувалися здебільшого за апеляціями засуджених у зв'язку з невизнанням ними вини у вчиненні інкримінованого їм злочину (в повному обсязі чи частково) і за апеляціями прокурорів на неправильне застосування норм КК, КПК та на м'якість призначеного покарання.

За результатами апеляційного розгляду справ встановлено, що вироки судів першої інстанції були скасовані чи змінені в більшості випадків через порушення вимог кримінально-процесуального законодавства та неправильне застосування кримінального закону, зокрема недотримання вимог закону щодо повноти та об'єктивності дослідження всіх обставин вчинення злочину, внаслідок чого суди приймали незаконні рішення.

Так, Олевський районний суд Житомирської області вироком засудив голову Радовельської сільської ради Я. за ч. 2 ст. 368 КК на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій строком на два роки. Відповідно до статей 75, 76 КК засудженого звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком два роки. Я. визнаний винним у тому, що вимагав та одержав хабар у розмірі 1 тис. 500 грн від приватного підприємця Н. за дачу дозволу на розміщення та відкриття столярного цеху.

Апеляційний суд Житомирської області за апеляцією засудженого вирок районного суду скасував, а справу направив на нове розслідування, зазначивши, що висновки суду про те, що вина Я. у вчиненні інкримінованого йому злочину встановлена повністю і доведена зібраними у справі й перевіреними в судовому засіданні доказами, ґрунтуються на недостатньо встановлених і досліджених обставинах справи. Всупереч вимогам ст. 132 та ч. 1 ст. 334 КПК пред'явлене та визнане судом у вироку доведеним обвинувачення є недостатньо конкретизованим. На порушення вимог ст. 22 КПК досудове слідство у справі було проведено неповно і поверхово, внаслідок чого залишилися нез'ясованими обставини, які мають істотне значення для правильного її вирішення. У ході досудового та судового слідства Я. винним себе у вчиненні злочину не визнав. З цього приводу давав показання з відповідними доводами. Однак суд його показання фактично не перевірив, дав їм неправильну оцінку, належним чином не проаналізував показання трьох свідків у справі.

Апеляційні суди зазначають, що в деяких кримінальних справах органи досудового слідства поверхово і неповно досліджують обставини справи, а суди першої інстанції не усувають ці недоліки в судовому засіданні, внаслідок чого приймають необґрунтовані та незаконні рішення.

Наприклад, Баранівський районний суд Житомирської області визнав голову Довбиської селищної ради Д. невинним у вчиненні злочинів, склад яких передбачено ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 366, ч. 2 ст. 368 КК, і виправдав.

Органи досудового слідства обвинувачували Д. в тому, що він, будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, у липні 2008 р., зловживаючи владою та службовим становищем, вчинив службове підроблення та одержав хабар у розмірі 7 тис. доларів США від приватного підприємця Ш. за сприяння в отриманні земельної ділянки площею 0,7 га для розміщення на ній місцевого спортивно-розважального комплексу.

Суд першої інстанції визнав, що в діях Д. немає складу злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 366 КК, а його вина у вчиненні злочину, склад якого передбачено ч. 2 ст. 368 КК, не доведена.

Суд апеляційної інстанції скасував рішення районного суду та відповідно до вимог ст. 367 КПК повернув справу прокурору на нове розслідування через невідповідність висновків суду, викладених у вироку, фактичним обставинам справи. При цьому апеляційний суд вказав, що на обґрунтування виправдувального вироку в основному покладені показання підсудного, без відповідного аналізу та співставлення їх з іншими доказами у справі. Так, Д. пояснював, що він залишав Ш. одного в своєму службовому кабінеті, буцімто в подальшому Ш. виходив і знову повертався до кабінету за забутими яблуками, де знову якийсь час залишався один, а тому мав можливість підкинути на його стіл конверт із грошима, які були виявлені працівниками міліції. Однак такі показання Д. спростовуються аудіовізуальним записом обставин перебування свідка Ш. в службовому кабінеті Д. Із цього запису випливає, що Д. зі свого кабінету під час перебування там Ш. не виходив, свідок на самоті в кабінеті не залишався. Ці ж обставини підтверджені дослідженими в судовому засіданні показаннями Ш.

На думку апеляційного суду, всупереч вимогам ст. 22 КПК досудове слідство у справі проведене неповно і поверхово, внаслідок чого залишилися нез'ясованими обставини, які мають істотне значення для її правильного вирішення, зокрема, не проведена перевірка обставин щодо можливої провокації хабара та штучного створення доказів обвинувачення. Крім того, пред'явлене Д. обвинувачення є неконкретним. Як зазначено в ухвалі апеляційного суду, орган досудового слідства неповно перевірив також особу свідка Ш., який в судове засідання суду першої інстанції не з'явився, і не встановив його місце перебування.

Інколи суди першої інстанції неправильно кваліфікують дії винних осіб.

Так, вироком Богунського районного суду м. Житомира П. засуджений за ч. 2 ст. 368 КК на п'ять років позбавлення волі з конфіскацією всього майна, яке належить йому на праві власності, з позбавленням права обіймати посади в митних органах строком на три роки. П. визнано винним у тому, що він, працюючи на посаді головного інспектора відділу проведення спеціальних операцій служби боротьби з контрабандою та митної варти Житомирської митниці, шляхом вимагання одержав від Ц. хабар у розмірі 5 тис. грн за сприяння в уникненні конфіскації автомобіля «Audi 100» за порушення ним

митних правил — прострочення зворотного вивезення автомобіля за митну територію України.

Ухвалою апеляційного суду за апеляцією засудженого цей вирок змінено, оскільки висновок суду першої інстанції про те, що дії засудженого П. були поєднані з вимаганням хабара є помилковим, а тому його дії були перекваліфіковані на ч. 1 ст. 368 КК та призначено покарання у виді двох років шести місяців позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в митних органах України строком на три роки.

З матеріалів кримінальної справи вбачається, що Ц. давав П. хабара за непритягнення його до адміністративної відповідальності. Вимога П. про матеріальну винагороду за невчинення ним відповідних службових дій була спрямована на задоволення протизаконних інтересів Ц., а тому, згідно з п. 4 примітки до ст. 368 КК, не може розглядатись як вимагання хабара.

Інший приклад.

Вироком Корольовського районного суду м. Житомира Т., завідуюча-провізор аптеки «Комунальне підприємство аптека № 182» м. Житомира, за надання в суборенду приміщення як хабар одержала його частину, яка становила 300 доларів США із раніше обумовлених 400 доларів США, та мобільний телефон, засуджена за ч. 1 ст. 368 та ч. 2 ст. 15 і ч. 1 ст. 368, ст. 70 КК до штрафу в розмірі 13 тис. грн з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій на підприємствах, в установах та організаціях незалежно від їх форм власності строком на один рік два місяці.

Апеляційний суд визнав, що суд першої інстанції припустився помилки при кваліфікації дій винної особи. Одержання хабара вважається закінченим злочином з моменту одержання службовою особою хоча б частини матеріальних цінностей або вигід незалежно від того, чи були вчинені дії в інтересах хабародавця.

Як убачається з матеріалів справи, Т. одержала 300 доларів США та мобільний телефон, а решту 100 доларів США було обіцяно передати їй пізніше, на що вона погодилася. За таких обставин кваліфікація дій засудженої як закінчений замах на одержання хабара в розмірі 100 доларів США визнана апеляційною інстанцією неправильною та її дії кваліфіковано лише за ч. 1 ст. 368 КК. Тому цей вирок було змінено: виключено засудження Т. за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 368, ст. 70 КК і за актом амністії звільнено її від призначеного покарання.

Причинами скасування вироків також є допущені судом першої інстанції істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону.

Так, Апеляційний суд Полтавської області за апеляцією засудженого своєю ухвалою скасував вирок Чорнухинського районного суду цієї ж області від 23 вересня 2008 р. стововно Ш., засудженого за ч. 1 ст. 368 КК до штрафу в розмірі 13 тис. грн з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в органах внутрішніх справ строком на два роки.

Ш. визнаний винним у тому, що, будучи старшим оперуповноваженим Державної служби боротьби з економічними злочинами (ДСБЕЗ) Чорнухинського райвідділу міліції, 24 березня 2008 р. в приміщенні Луговиківської сільської ради Чорнухинського району Полтавської області від голови цієї ради Л. одержав хабар у розмірі 250 грн за нескладання щодо останнього протоколу про корупційне діяння.

Скасовуючи вирок за апеляцією засудженого та направляючи справу прокурору для проведення нового розслідування з мотивів неповноти і необ'єктивності досудового слідства, колегія суддів зазначила, що на порушення вимог ст. 22 КПК органи досудового слідства і суд не з'ясували обставини, які мають істотне значення у справі. Зокрема, чи був засуджений Ш. станом на 24 березня 2008 р. старшим оперуповноваженим ДСБЕЗ Чорнухинського РВ і чи мав він право складати протокол про корупційне діяння, чи належить засудженому голос, відтворений на комп'ютерному диску, виданому Л., щодо перемовин між ним та засудженим Ш., та чи мало місце в діях Л. корупційне правопорушення.

Колегія суддів також вказала на порушення судом вимог ст. 334 КПК, оскільки у вироку відсутні мотиви для відхилення показань свідка К., аналіз показань, які містяться в протоколі очної ставки між Л. та Ш., показань останнього на досудовому слідстві. Суд також необґрунтовано відхилив клопотання засудженого про проведення судово-фоноскопічної експертизи та без наведення мотивів виправдав Ш. за епізодом одержання хабара 21 березня 2008 р. в розмірі 150 грн як частини від обумовленої суми 400 грн.

Ще один приклад.

Апеляційний суд Полтавської області за апеляціями засуджених своєю ухвалою скасував вирок Чорнухинського районного суду Полтавської області щодо К. та Б., які 11 грудня 2008 р. засуджені за ч. 2 ст. 368 КК, відповідно на три та два роки позбавлення волі із застосуванням статей 69, 75 КК та з позбавленням К. права обіймати певні посади в органах Міністерства внутрішніх справ України строком на два роки.

К. та Б. визнані винними у тому, що перший, будучи старшим інспектором ДАІ, а другий — інспектором ДАІ, 4 жовтня 2006 р. в м. Гадячі Полтавської області, приблизно о 8-й год. в службовому автомобілі одержали хабар у розмірі 300 грн від громадянина Л. за нескладання стосовно нього адміністративного протоколу за керування транспортним засобом в стані алкогольного сп'яніння.

Колегія суддів апеляційного суду, скасовуючи вирок, звернула увагу на те, що 6 листопада 2006 р. слідчий допустив до захисту обох обвинувачених одну і ту ж особу, в той час коли К., не визнаючи себе винним, посилався на факт провокації хабара з боку Л. і працівників служби внутрішньої безпеки УМВС України в Полтавській області, а Б. наголошував на своїй непричетності до виявлення у К. грошей в сумі 300 грн, заперечував попередню змову з останнім на їх одержання.

За таких обставин інтереси засудженого К. були спрямовані на захист від складу злочину, а засудженого Б. — на захист від самої події цього злочину,

тому колегія суддів, вважаючи, що засуджені мали різні інтереси, дійшла висновку, що слідчим порушені права обвинувачених на захист своїх інтересів та вимоги і положення ст. 61 КПК.

Крім цього, змінюючи обвинувачення за постановою заступника прокурора Полтавської області від 11 грудня 2008 р., яке містило обвинувачення у вчиненні злочину за ознакою, що раніше не інкримінувалася підсудним (одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальне становище), суд на порушення вимог ст. 277 КПК, не надав підсудним можливості підготуватися до захисту від нового обвинувачення.

Оскільки перелічені порушення відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 367 та п. 3 ч. 1 ст. 370 КПК є істотними, а права обвинувачених можливо відновити шляхом проведення необхідних слідчих дій за участю окремих захисників, справа направлена прокурору для проведення додаткового розслідування.

У судовій практиці мали місце випадки неправильного застосування кримінального закону при призначенні засудженому покарання.

Так, Суворовський районний суд м. Херсона вироком визнав Ш. винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368 КК. Йому призначено покарання у виді позбавлення волі строком на п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських функцій строком на два роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю. На підставі ст. 75 КК Ш. було звільнено від відбування основного покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку у три роки.

Апеляційний суд Херсонської області, розглянувши цю справу за апеляцією прокурора, поданою у зв'язку із м'якістю призначеного покарання та неправильним застосуванням кримінального закону, ухвалою від 26 травня 2009 р. вирок районного суду змінив: виключив рішення суду про застосування додаткового покарання — конфіскації майна; в решті вирок залишив без змін.

В іншому випадку апеляційний суд змінив вирок у зв'язку зі зміною кваліфікації злочину і застосуванням кримінального закону про менш тяжкий злочин.

Так, Ялтинський міський суд засудив Х. за ч. 3 ст. 368 КК із застосуванням ст. 69 КК на шість років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій строком на три роки з конфіскацією $^{1}/_{2}$ частини майна, яке належить йому на праві власності.

Х. визнано винним у тому, що він, будучи службовою особою — директором комунального підприємства — фабрики «Чайка», виконуючи організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції, вимагав від директора ТОВ «Будмаркет-Спецкомплектація», яке на умовах інвестиційного договору, затвердженого рішенням сесії Ялтинської міської ради, повинно було орендувати нежитлове приміщення, що знаходилося на балансі фабрики «Чайка», з подальшим будівництвом на цьому місці торгово-офісного комплексу, виплатити особисто йому 100 тис. доларів США (еквівалентно 510 тис. грн за курсом НБУ) за оренду зазначеного приміщення, і

фактично одержав частину хабара у розмірі 25 тис. доларів США, що за курсом НБУ на час вчинення злочину становило 121 тис. 250 грн.

На момент вчинення злочину, з урахуванням підпункту 6.1.1 п. 6.1 ст. 6, п. 22.5 ст. 22 Закону від 22 травня 2003 р. № 889-IV «Про податок з доходів фізичних осіб», ст. 59 Закону від 28 грудня 2007 р. № 107-VI «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» хабарем в особливо великому розмірі вважався хабар у розмірі більше 128 тис. 750 грн.

Згідно з п. 14 постанови Пленуму № 5 за умови, якщо при умислі службової особи на одержання хабара у великому або особливо великому розмірі, нею було одержано з причин, що не залежали від її волі, лише частину обумовленого хабара, вчинене належить кваліфікувати як замах на одержання хабара у розмірі, який охоплювався її умислом.

Виходячи з наведеного, апеляційний суд перекваліфікував дії засудженого з ч. 3 ст. 368 КК на ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК, а призначене покарання залишив без змін.

Заходи, вжитті апеляційними судами для підвищення рівня оперативності та якості розгляду кримінальних справ про одержання хабара

З метою підвищення рівня оперативності та якості розгляду кримінальних справ зазначеної категорії апеляційні суди періодично проводять узагальнення судової практики розгляду кримінальних справ про злочини із ознаками корупційних діянь, зокрема про одержання хабара. Результати узагальнень обговорюються на тематичних семінарах, що проводяться із суддями областей. Крім того, за місцевими судами як куратори закріплені судді апеляційних судів, які надають методичну та практичну допомогу суддям місцевих судів областей у застосуванні законодавства, у тому числі й із виїздом на місця.

Президії апеляційних судів Рівненської, Волинської та деяких інших областей разом з радами суддів областей прийняли рішення, якими рекомендували головам місцевих судів щоквартально надавати апеляційним судам відомості щодо розгляду справ, які перебувають у провадженні суду понад встановлені законом строки.

Питання про строки розгляду кримінальних справ, зокрема і справ про хабарництво, регулярно обговорюються на семінарах суддів у всіх областях.

За повідомленнями апеляційних судів, питання, що стосуються оперативності та якості розгляду кримінальних справ зазначеної категорії, періодично розглядається на засіданнях президій апеляційних судів, а також обговорюється на нарадах, присвячених підсумкам роботи за участю суддів областей.

З метою усунення недоліків у роботі органів досудового слідства суди також проводять координаційні наради за участю представників органів прокуратури та внутрішніх справ.

***

Проведене узагальнення засвідчило, що розглядаючи кримінальні справи про одержання хабара, суди загалом дотримуються вимог кримінального і кримінально-процесуального законодавства. Суди також вживають заходів для

підвищення рівня оперативності та забезпечення якості здійснення судочинства у справах цієї категорії.

Водночас у практиці судів ще мають місце недоліки та помилки. Зокрема, при розгляді деяких справ місцеві суди допускають неповноту та однобічність судового слідства, помилки при кваліфікації дій засуджених та призначенні покарання. За наявності відповідного оскарження такі помилки та недоліки виправляють суди вищого рівня.

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 року у справі № 5-99кс16

(рішення щодо визначення наслідків у вигляді істотної шкоди або тяжких наслідків, передбачених статтями 364, 364-1, 365, 365-2, 367 КК)

Диспозиція частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК, якими передбачена відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру).

Так, за конкретних обставин справи, наслідки нематеріального характеру, які піддаються грошовій оцінці (реальна шкода) та відповідно до такої оцінки досягли встановленого розміру («істотної шкоди» чи «тяжких наслідків») із заподіянням шкоди охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (соціального, політичного, морального, організаційного чи іншого характеру), можуть бути із: спричинення фізичної шкоди – витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян – витрати на відновлення таких прав (виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення, компенсацію шкоди від поширення відомостей, які ганьблять особу тощо); політичної шкоди (витрати на проведення нових виборів та заходів антитерористичного характеру тощо); організаційної шкоди (витрати на відновлення роботи установи).

При цьому Суд вважає, що у вироку (ухвалі) має бути чітко встановлено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. Обчислення їх розміру

також має бути належним чином підтверджено (в т.ч. цивільним позовом, як підтвердження факту та розміру реальної майнової шкоди) та не викликати сумніву.

(Витяг)

1. Вироком Київського районного суду м. Харкова від 9 лютого 2015 року засуджено:

ОСОБА_1 за частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 364 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 1 рік з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 1 рік із штрафом у розмірі 4250 грн; за частиною першою статті 365 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах на строк 2 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна та із штрафом у розмірі 4250 грн.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання у виді позбавлення волі з випробуванням зі встановленням іспитового строку на 2 роки та покладено на нього обов'язки, передбачені статтею 76 КК, із застосуванням додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки та із штрафом у розмірі 4250 грн;

ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки та конфіскацією майна; за частиною першою статті 364 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 3 роки з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 2 роки 6 місяців із штрафом у розмірі 5950 грн; за частиною першою статті 365 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 2 роки з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 2 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_2 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна та із штрафом у розмірі 5950 грн.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_2 звільнено від відбування основного покарання у виді позбавлення волі з випробуванням зі встановленням іспитового строку тривалістю 3 роки та покладено на нього обов'язки, передбачені статтею 76 КК, із застосуванням додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки та із штрафом у розмірі 5950 грн;

ОСОБА_3 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права

обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною другою статті 353 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки; за частиною другою статті 146 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_3 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_3 звільнено від відбування основного покарання у виді позбавлення волі з випробуванням зі встановленням іспитового строку тривалістю 3 роки та покладено на нього обов'язки, передбачені статтею 76 КК, із застосуванням додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки;

ОСОБА_4 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 353 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 3 роки; за частиною другою статті 146 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_4 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років із позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_4 звільнено від відбування основного покарання у виді позбавлення волі з випробуванням зі встановленням іспитового строку тривалістю 3 роки і покладено на нього обов'язки, передбачені статтею 76 КК, із застосуванням додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки.

На підставі статті 77 КК ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 звільнено від додаткового покарання у виді конфіскації майна.

Апеляційний суд Харківської області 29 вересня 2015 року під час розгляду справи за апеляцією прокурора скасував вирок районного суду в частині призначення покарання і постановив свій вирок, яким призначив покарання:

ОСОБА_1 за частиною третьою статті 368 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 364 КК у виді обмеження волі на строк 1 рік з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 1 рік із штрафом у розмірі 4250 грн; за частиною першою статті 365 КК у виді обмеження волі на строк 2 роки з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 2 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна та із штрафом у розмірі 4250 грн;

ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах

на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 364 КК у виді обмеження волі на строк 3 роки з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 2 роки 6 місяців із штрафом у розмірі 5950 грн; за частиною першою статті 365 КК у виді позбавлення волі на строк 2 роки з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 2 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів суд визначив ОСОБА_2 остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна та із штрафом у розмірі 5950 грн;

ОСОБА_3 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною другою статті 353 КК у виді позбавлення волі на строк 3 роки; за частиною другою статті 146 КК у виді позбавлення волі на строк 4 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_3 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна;

ОСОБА_4 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна; за частиною першою статті 353 КК у виді обмеження волі на строк 3 роки; за частиною другою статті 146 КК у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_4 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна.

У решті вирок залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 січня 2016 року судові рішення щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 змінено, а саме: виключено з мотивувальної частини кваліфікацію дій ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 КК та ОСОБА_3 і ОСОБА_4 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК кваліфікуючу ознаку «поєднане з вимаганням»; виключено з резолютивної частини вироку апеляційного рішення суду про призначення ОСОБА_3 та ОСОБА_4 за частиною п'ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки.

У решті вироки місцевого та апеляційного судів залишено без зміни.

2. За вироком суду ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 визнано винуватими і засуджено за вказаних нижче обставин.

ОСОБА_1, обіймаючи посаду дільничного інспектора ІНФОРМАЦІЯ_1, ОСОБА_2 — посаду помічника дільничного інспектора того ж районного відділу, ОСОБА_3, якого було звільнено 27 березня 2012 року з посади дільничного інспектора міліції ІНФОРМАЦІЯ_1 та який шляхом обману заволодів службовим посвідченням ІНФОРМАЦІЯ_2, ОСОБА_4, якого було

звільнено 15 липня 2008 року з посади дільничного інспектора цього ж районного відділу, розробили план з метою систематичного отримання хабарів за попередньою змовою групою осіб.

Згідно з цим планом ОСОБА_4 та ОСОБА_3 після отримання інформації від не встановленої в ході досудового слідства особи на ім'я Олександр про збут наркотичного засобу – марихуани – затримували особу, яка придбала цей засіб, і вимагали від затриманого або від його родичів хабар за не реєстрацію виявленого злочину, тобто за його приховування, і не притягнення затриманого до кримінальної відповідальності.

7 липня 2012 року приблизно о 21 год. ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_4 та ОСОБА_3 отримали від особи на ім'я Олександр інформацію про збут ОСОБА_5 марихуани.

ОСОБА_4 та ОСОБА_3 біля торгового ринку в районі станції метро ІНФОРМАЦІЯ_3, представившись працівниками міліції, на підтвердження чого ОСОБА_3 пред'явив ОСОБА_5 службове посвідчення ІНФОРМАЦІЯ_2, зупинили останнього й, погрожуючи особистим оглядом, стали вимагати від ОСОБА_5 видати їм наявну в нього наркотичну речовину, на що отримали відмову.

Тоді ОСОБА_4 та ОСОБА_3, не маючи повноважень працівників правоохоронного органу, оскільки вони були звільнені з правоохоронних органів, без складання необхідних процесуальних документів провели особистий оглядОСОБА_5, під час якого останній добровільно видав їм наркотичну речовину.

Після цього ОСОБА_4 та ОСОБА_3 запросили старшого сержанта міліції ОСОБА_2 та лейтенанта міліції ОСОБА_1, спільно з якими почали збирати первинний матеріал за фактом вилучення уОСОБА_5 пакета з речовиною рослинного походження, подібною на марихуану.

При цьому ОСОБА_4 і ОСОБА_3 запросили понятих, ОСОБА_1 склав протокол вилучення у ОСОБА_5 речовини рослинного походження і відібрав пояснення в одного з понятих, які були присутні в ході вилучення, а ОСОБА_2 — пояснення у другого понятого і склав рапорт про подію злочину.

Після збору первинного матеріалу перевіркиОСОБА_3 поцікавився у ОСОБА_5, хто з його родичів чи знайомих може передати їм хабар за приховування факту виявлення наркотичної речовини, на що отримав відповідь, що гроші може передати його знайомаОСОБА_6.

Після цьогоОСОБА_2, ОСОБА_4, ОСОБА_3 та ОСОБА_1 умисно, з корисливих мотивів, з метою отримання хабара за не реєстрацію виявленого злочину та не притягнення ОСОБА_5 до кримінальної відповідальності за незаконне придбання наркотичних засобів, провели останнього до приміщення відділення ІНФОРМАЦІЯ_1.

ОСОБА_3 у присутності ОСОБА_2 з мобільного телефону ОСОБА_5 зателефонував ОСОБА_6 і, представившись працівником зазначеного відділу міліції, повідомив про затримання ОСОБА_5 за зберігання наркотичних засобів та в ультимативній формі запропонував їй прибути до відділення.

ОСОБА_4, виконуючи роль пособника в отриманні хабара, погрожуючи за спроби втечі вистрілити зі спецзасобу гумовими кулями, фактично конвоював ОСОБА_5 до відділення, деОСОБА_2, ОСОБА_4, ОСОБА_3 та ОСОБА_1 з метою отримання хабара, позбавивши волі та створивши зовнішні перешкоди вільному пересуванню, незаконно утримували ОСОБА_5.

7 липня 2012 року приблизно о 23 год. 30 хв. до відділення прибула ОСОБА_6, яку ОСОБА_2 зустрів і провів у кабінет, де перебував ОСОБА_3, котрий представився співробітником міліції, продемонстрував ОСОБА_6 зібраний первинний матеріал, вилучені наркотичні засоби та повідомив, що, даючи пояснення, ОСОБА_5 зізнався, що придбав і зберігав наркотичну речовину.

ОСОБА_2 та ОСОБА_3 за попередньою змовою групою осіб із ОСОБА_4 та ОСОБА_1, з корисливих мотивів, висунули ОСОБА_6 вимогу передати їм як хабар 2000 доларів США за не реєстрацію матеріалу перевірки за фактом вилучення наркотичної речовини у ОСОБА_5 і не притягнення останнього до відповідальності за вчинений злочин.

8 липня 2012 року приблизно о 01 год. 30 хв. у службовому приміщенні відділення міліції ОСОБА_3 отримав від ОСОБА_6 хабар у розмірі 1000 доларів США (за курсом Національного банку України – 7992,5 грн) та 8000 грн, які розділив між учасниками злочину: ОСОБА_4 отримав 3400 грн та 200 доларів США (за курсом НБУ — 1598,5 грн); ОСОБА_3 — 2600 грн та 500 доларів США (за курсом НБУ — 3996,25 грн); ОСОБА_2 — 200 грн і 300 доларів США (за курсом НБУ — 2397,75 грн); ОСОБА_1 — 1800 грн.

Після цього ОСОБА_2 знищив матеріали за фактом вилучення у ОСОБА_5 наркотичної речовини.

Крім того, за вищенаведених обставин ОСОБА_2 та ОСОБА_1, всупереч положенням підпунктів 2.2.3, 2.2.10. «Інструкції з організації реагування органів внутрішніх справ на повідомлення про злочин, інші правопорушення та події», зловживаючи своїм службовим становищем, умисно з корисливих мотивів прийняли рішення знищити документи матеріалу за фактом вилучення у ОСОБА_5 наркотичного засобу, не повідомляти про це черговій частині та не реєструвати вказане діяння.

ОСОБА_2, за погодженням із ОСОБА_1, який був старшим за посадою та званням, знищив матеріали за фактом вилучення у ОСОБА_5 наркотичного засобу.

Зазначеними діями ОСОБА_2 та ОСОБА_1 державним інтересам було заподіяно істотну шкоду у вигляді підриву авторитету й престижу органів державної влади України.

Крім того, за вищевказаних обставин ОСОБА_1, обіймаючи посаду дільничного інспектора та маючи спеціальне звання «лейтенант міліції», а ОСОБА_2 - посаду помічника дільничного інспектора та спеціальне звання «старший сержант міліції», будучи представниками влади, які відповідно до Закону України «Про міліцію» та згідно зі своїми функціональними обов’язками мають право пред’являти вимоги, приймати рішення і

застосовувати примусові заходи, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами, спільно з ОСОБА_4 та ОСОБА_3, перевищуючи владу, порушуючи охоронюване й гарантоване статтями 29, 33 Конституції України право на свободу та особисту недоторканність людини, її вільного пересування, вчинили дії, які явно виходять за межі наданих їм повноважень: незаконно, без складання відповідного протоколу затримання, позбавили волі ОСОБА_5, доставили останнього у супроводі в відділення міліції, де незаконно утримували у вказаному приміщенні в період із 21 год. 30 хв. 7 липня 2012 року до 01 год. 30 хв. 8 липня 2012 року. При цьому ОСОБА_5 не мав змоги самостійно залишити зазначене приміщення, не мав можливості вільно пересуватися і вести телефонні розмови.

Таким чином, ОСОБА_2 та ОСОБА_1 своїми діями завдали істотної шкоди інтересам держави у вигляді підриву авторитету й престижу органів міліції, віри людей у співробітників міліції як представників влади, здатних захистити громадян та суспільство в цілому від злочинних посягань.

Крім того, за вищевказаних обставин 7 липня 2012 року приблизно о 21 год. 30 хв. біля торгового ринку в районі станції метро ІНФОРАЦІЯ_3 умисно, з корисливих мотивів, з метою надання своїм діям законності й для полегшення у подальшому отримання хабара від ОСОБА_2, ОСОБА_3, будучи звільненим згідно з наказом № 48 о/с від 27 березня 2012 року, пред'явив ОСОБА_5 службове посвідчення ІНФОРМАЦІЯ_2, видане 20 жовтня 2009 року на ім'я дільничного інспектора, капітана міліції ОСОБА_3, а ОСОБА_4, будучи звільненим згідно з наказом № 246 о/с від 15 липня 2008 року, представився ОСОБА_5 співробітником ІНФОРМАЦІЯ_1.

За вищевказаних обставин ОСОБА_3 та ОСОБА_4, присвоївши владні повноваження співробітників правоохоронного органу, брали участь у проведенні ОСОБА_2 та ОСОБА_1 вилучення у ОСОБА_5 наркотичного засобу рослинного походження та в супроводі останнього до приміщення відділення міліції.

Крім того, за тих самих обставин ОСОБА_3 та ОСОБА_4, спільно із ОСОБА_2 та ОСОБА_1, порушуючи охоронювану й гарантовану статтями 29, 33 Конституції України право на свободу кожної людини, у тому числі свободи пересування, незаконно позбавили волі ОСОБА_5, доставивши останнього до відділення міліції, де незаконно утримували його в період із 21 год. 30 хв. 7 липня 2012 року до 01 год. 30 хв. 8 липня 2012 року.

3. У заяві захисник Гірко П.А. посилається на неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, зауважує, що суд касаційної інстанції безпідставно погодився з висновками місцевого суду та суду апеляційної інстанції щодо кваліфікації дій ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК, частиною першою статті 365 КК, оскільки Законом України від 13 травня 2014 № 1261-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі –

Закон № 1261-VII), який набув чинності 4 червня 2014 року, внесено зміни до пункту 3 примітки до статті 364 КК, який застосовується і для визначення складів злочинів, передбачених статтями 364, 365 КК, де поняття «істотна шкода» як ознака складу злочину інкримінованого ОСОБА_1 і ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК і частиною першою статті 365 КК змінилось.

Відповідно до змін, внесених Законом № 1261-VII, «істотною шкодою у статтях 364, 364-1, 365, 365-2, 367 КК вважається така шкода, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

Захисник зазначає, що ОСОБА_1 та ОСОБА_2 засуджено за частиною першою статті 364 КК і частиною першою 365 КК за заподіяння істотної шкоди у виді підриву авторитету правоохоронних органів, а не за вчинення шкоди в майновому еквіваленті, а тому в їхніх діях відсутній склад вищезазначених злочинів.

Для порівняння та підтвердження своїх доводів захисник надав копію ухвали суду касаційної інстанції від 10 грудня 2015 року № 5-2776км15, де касаційний суд погодився з висновками місцевого суду про виправдання ОСОБА_6 за частиною першою статті 364 КК та ОСОБА_7 за частиною п'ятою статті 27, частиною першою статті 364 КК, яких було засуджено за зловживання владою, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом інтересам громадян та державним інтересам, і полягає у підриві авторитету та престижу Новокаховської міської ради, яка є органом місцевого самоврядування. При цьому касаційний суд також зазначив, що, відповідно до пункту 3 примітки до статті 364 КК, зі змінами, внесеними Законом № 1261-VII, істотною шкодою вважається тільки майнова шкода, а дані про таку у судових рішеннях відсутні.

Також захисник посилається як на підставу зміни судових рішень щодо засуджених за частиною третьою статті 368 КК на зміну пункту 1 примітки до статті 368 КК, згідно з яким «неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

На час вчинення інкримінованого засудженим ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК, тобто станом на липень 2012 року, чинною була частина третя статті 368 КК у редакції Закону України від 07 квітня 2011 року, де приміткою 1 до статті 368 КК визначалось, що «хабар у значному розмірі вважається таким, що у п'ять та більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян», однак Законом України від 18 квітня 2013 року № 221-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» (далі – Закон № 221-VII), який був чинним на час розгляду кримінальної справи у судах першої та апеляційної інстанцій, згідно з приміткою 1 статті 368 КК «неправомірною вигодою у значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян».

За доводами захисника, Закон № 221-VII хоч і не скасовує злочинність

діяння, однак зменшує обсяг обвинувачення засудженим шляхом виключення з їхніх дій за частиною третьою статті 368 КК кваліфікуючої ознаки – отримання неправомірної вигоди у «значному розмірі».

На підтвердження своїх доводів захисником надано ухвали касаційного суду від 28 серпня 2014 року № 5-3120км14 та від 1 жовтня 2015 року № 1590км15, де касаційний суд змінив судові рішення щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2, виключив з кваліфікації їх діянь за частиною третьою статті 368 КК кваліфікуючу ознаку - отримання неправомірної вигоди у значному розмірі 19974,75 грн та 4800 грн відповідно, оскільки Закон № 221-VII хоч і не скасовує злочинність діяння, однак зменшує обсяг обвинувачення засудженим, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію в часі.

Також захисник Гірко П.А. стверджує, що ухвала суду касаційної інстанції не відповідає висновку, викладеному в постанові Верховного Суду України від 1 жовтня 2015 року щодо призначення покарання у виді штрафу. Відповідно до цієї постанови при призначенні покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті Особливої частини КК, цей розмір визначається певною кількістю неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у розмірі, встановленому законодавством України на час постановлення вироку, із зазначенням його у грошовій сумі.

Суд першої інстанції, призначаючи покарання ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК, призначив штраф у розмірі 4250 грн і 5950 грн відповідно, без визначення кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Однак, під час перегляду кримінальної справи в судах апеляційної та касаційної інстанцій висновок, викладений у постанові Верховного Суду України, застосовано не було.

Захисник просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 січня 2016 року щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 та направити справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

4. Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, пояснення заступника Генерального прокурора Стрижевської А.А., яка просила задовольнити заяву захисника Гірки П.А. в частині виключення з дій засуджених за частиною третьою статті 368 КК кваліфікуючої ознаки – отримання неправомірної вигоди у «значному розмірі», оскільки Закон № 221-VII хоч і не скасовує злочинність діяння, однак зменшує обсяг обвинувачення засудженим, і в частині призначення покарання у виді штрафу за частиною першою статі 364 КК, оскільки судові рішення не відповідають висновку, викладеному в постанові Верховного Суду України від 1 жовтня 2015 року щодо призначення покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті Особливої частини КК, який визначається в певній кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у розмірі, установленому законодавством України на час постановлення вироку, із зазначенням його у грошовій сумі. Доводи заяви про скасування судових

рішень у частині засудження ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК, частиною першою статті 365 КК і направлення справи на новий касаційний розгляд, просить залишити без задоволення.

Прокурор вважає, що внесення Законом № 1261-VII змін до пункту 3 примітки до статті 364 КК, який застосовується для визначення складів злочинів, передбачених статтями 364, 365 КК, зокрема «істотної шкоди», хоча і змінились, і шкода є такою, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, однак це не означає декриміналізацію злочинів. На переконання заступника Генерального прокурора України законодавець допустив некоректне формулювання Закону, зокрема пункту 3 примітки до статті 364 КК, і зробив певні підстави для правової невизначеності, що: «істотною шкодою» може бути лише шкода матеріального характеру.

Водночас у диспозиції частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК злочином визнається завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, що не завжди піддається матеріальній оцінці.

Дослідивши матеріали кримінальної справи і матеріали, додані до заяви, наукові висновки членів Науково-консультативної ради, Суд дійшов висновку, що заяву захисника слід задовольнити частково, виходячи з такого.

5. Наявність підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), зумовлює необхідність перегляду ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 січня 2016 року.

Відповідно до змісту заяви захисника Гірка П.А., за якою справу допущено до провадження Суду, рішення суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 переглядається із зазначеної вище підстави.

Зокрема, предметом перегляду цієї справи є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми права про кримінальну відповідальність у часі та його зворотної дії, тобто кваліфікація дій ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК і частиною першою статті 365 КК та таким чином застосування касаційним судом закону, який діяв на час розгляду справи.

Законом України від № 1261-VII було викладено в новій редакції пункти 3 і 4 примітки до статті 364 КК, у яких містяться нормативні визначення для складів злочинів у сфері службової діяльності ознак – «істотна шкода» та «тяжкі наслідки».

До набрання чинності Законом № 1261-VII, зокрема на час вчинення злочинів засудженими ОСОБА_1 та ОСОБА_2, тобто у липні 2012 року, ознака «істотна шкода» у складах злочинів, передбачених статтями 364–367 КК, розумілась як така, що охоплює і суспільно небезпечні наслідки у вигляді майнової шкоди, і наслідки у вигляді шкоди немайнової.

Так, законодавець вживав у пункті 3 примітки статті 364 КК формулювання «якщо [істотна шкода] полягала (полягає) у заподіянні

матеріальних збитків». Сполучник «якщо» прямо вказував на можливість заподіяння істотної шкоди у вигляді, відмінному від матеріальних збитків.

Судова практика спрямовувалась відповідно до роз'яснення, даного в абзаці третьому пункту 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 року № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»: «Якщо шкода полягає у заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Зокрема, істотною шкодою можуть визнаватися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканність та недоторканність житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів».

З набранням чинності Законом № 1261-VII виклад пункту 3 примітки статті 364 КК зазнав змін, оскільки законодавець уже не використовує у нормативних визначеннях ознаки «істотна шкода» сполучник «якщо» і тому чинна редакція цього положення охоплює майнову шкоду, яка досягла розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Водночас, Суд вважає, що диспозиція частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК, якими передбачено відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру).

Таким проявом немайнової шкоди, який міг би бути інкримінований засудженим ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК як заподіяння істотної шкоди (за ознакою підриву авторитету правоохоронних органів), є позбавлення ОСОБА_5 права на свободу пересування протягом 4 годин, якби наслідки цього заподіяння досягли б розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Так, за конкретних обставин справи, наслідки нематеріального характеру, які піддаються грошовій оцінці (реальна шкода) та відповідно до такої оцінки досягли встановленого розміру («істотної шкоди» чи «тяжких наслідків») із заподіянням шкоди охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (соціального, політичного, морального, організаційного чи, іншого характеру), можуть бути із: спричинення фізичної шкоди - витрати на лікування чи протезування потерпілої особи; порушення законних прав та інтересів громадян - витрати на відновлення таких прав

(виплати незаконно взятому під варту чи ув'язненому або незаконно звільненому з роботи чи навчання, відшкодування за невиконання судового рішення, компенсацію шкоди від поширення відомостей, які ганьблять особу тощо); політичної шкоди (витрати на проведення нових виборів та заходів антитерористичного характеру тощо); організаційної шкоди (витрати на відновлення роботи установи).

При цьому Суд вважає, що у вироку (ухвалі) має бути чітко встановлено і доведено, що саме вчинення того чи іншого службового злочину стало причиною відповідних наслідків. Обчислення їх розміру також має бути належним чином підтверджено (в т.ч. цивільним позовом, як підтвердження факту та розміру реальної майнової шкоди) та не викликати сумніву.

Однак з судових рішень порушення цього конституційного права ОСОБА_5 не дістало грошової оцінки (не доведено, що у зв'язку з відновленням порушеного права на свободу пересування ОСОБА_5 зазнав майнових витрат, що перевищують 100 (сто) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян).

Указана обставина внаслідок набрання чинності Законом № 1261-VII з визначенням «істотної шкоди» залежно від її розміру (що перевищують 100 (сто) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) дає підстави для висновку, що «істотна шкода» як суспільно небезпечні наслідки діянь, передбачених частиною першою статті 364 і частиною першою статті 365 КК стали формалізованими, що виключає кваліфікацію вчиненого ОСОБА_1 і ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 і частиною першою статті 365 КК.

19 квітня 2000 року Конституційний Суд України ухвалив рішення у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі). У ньому, зокрема, зазначається, що відповідно до частини першої статті 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, окрім випадків, коли вони скасовують або пом'якшують кримінальну відповідальність особи. За загальним правилом, пом'якшення покарання здійснюється шляхом зміни санкції статті кримінального закону.

Такий висновок Суду відповідає вимогам статті 5 КК, згідно якої закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище, має зворотну дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

Аналогічні вимоги обов'язковості ретроактивного застосування кримінального закону, який скасовує караність діяння, містяться у статті 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенції), яка є частиною національного законодавства України та в практиці Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд).

Так, у рішенні у справі *Scoppola v. Italy (№ 2) (2009)* Європейський суд поклав в основу правової позиції щодо тлумачення частини першої статті 7 Конвенції те, що в європейському та міжнародному масштабі склався консенсус стосовно обов'язковості ретроактивного застосування кримінального закону, який скасовує караність діяння.

На підтвердження вказаного висновку Європейський суд посилався на частину 1 статті 49 Хартії основних прав Європейського Союзу 2000 року (далі — Хартія), яка містить імперативну вимогу щодо зворотної дії в часі закону, який передбачає більш м'яке покарання, а також — на тлумачення цього положення Судом Європейського Союзу в рішенні у справі *Silvio Berlusconi and Others (2005)*, де зазначено, що в цій справі до заявників не був застосований не просто закон, який пом'якшує покарання, а закон, що насправді скасовував злочинність. Таким чином, Європейський суд визначив, що попри свій буквальний зміст частина перша статті 49 Хартії передбачає й обов'язковість зворотного застосування закону, який скасовує злочинність діяння. Висновок Європейського суду у справі *Scoppola v. Italy (№ 2) (2009)* про те, що частина перша статті 7 Конвенції включає також і позитивну гарантію ретроактивного застосування до особи закону, що скасовує злочинність діяння, зобов'язує застосовувати практику Європейського суду, якою забезпечується дотримання принципу верховенства права і законності, згідно зі статтями 8, 9 КПК.

З огляду на наведене, Суд вважає, що незастосування нової редакції примітки 3 до статті 364 КК, що виникла на підставі Закону № 1261-VII, до кримінально-правових ситуацій, які виникли раніше, зокрема в оскаржуваних рішеннях щодо засуджених ОСОБА_1 і ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 та частиною першою статті 365 КК становитиме порушення статті 58 Конституції України та статті 7 Конвенції.

Суд погоджується з тим, що у зв’язку з внесенням на підставі Закону № 1261-VII змін до примітки статті 364 КК відбулося звуження змісту кримінально-правового поняття «істотна шкода» (і «тяжкі наслідки»), тобто сталася часткова декриміналізація, зокрема, таких діянь, як зловживання владою або службовим становищем і перевищення влади або службових повноважень, що дає підстави стверджувати про відсутність в діях ОСОБА_1 і ОСОБА_2 складів злочинів, передбачених частиною першою статті 364 та частиною першою статті 365 КК.

У даній справі касаційний суд указане порушення закону залишив поза увагою.

Проте, як видно з наданої для порівняння захисником Гірком П.А. ухвали Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 грудня 2015 року № 5-2776км15, де касаційний суд, погоджуючись з висновками місцевого суду про виправдання ОСОБА_6 за частиною першою статті 364 КК та ОСОБА_7 за частиною п’ятою статті 27, частиною першою статті 364 КК, яких було засуджено за зловживання владою, що завдало істотної шкоди охоронюваним законом інтересам громадян та державним інтересам, і полягала у підриві авторитету та престижу Новокаховської міської ради, яка є органом місцевого самоврядування, зазначив, що, відповідно до

пункту 3 примітки до статті 364 КК, зі змінами, внесеними Законом № 1261-VII, істотною шкодою вважається тільки майнова шкода, а дані про таку у судових рішеннях відсутні.

Суд також вважає обґрунтованими доводи заяви захисника Гірко П.А. про недотримання судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій вимог статті 458 КПК щодо обов'язковості висновку, викладеному в постанові Суду, прийнятому за результатами розгляду справи про призначення покарання у виді штрафу.

Так, у висновку, викладеному в постанові Суду від 1 жовтня 2015 року (справа № 5-154кс15), зазначено, що при призначенні покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, цей розмір визначається в певній кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у розмірі, установленому законодавством України на час постановлення вироку, із визначенням його у грошовій сумі, здійснивши перерахування розміру в гривнях, виходячи з вимог закону щодо визначення суми одного неоподатковуваного мінімуму доходів громадян.

У судових рішеннях щодо ОСОБА_1 і ОСОБА_2 за частиною першою статті 364 КК додаткове покарання у виді штрафу зазначено у грошовій сумі, без визначення певної кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у розмірі, установленому законодавством України на час постановлення судових рішень, тому вони в тій частині підлягають зміні.

Ураховуючи, що Суд уже дійшов висновку про відсутність в діях ОСОБА_1 і ОСОБА_2 складів злочинів за частиною першою статті 364 і частиною першою статті 365 КК, тому вважає, що судові рішення в тій частині слід скасувати і закрити провадження у справі, а в мотивувальній частині даного рішення констатувати лише факт порушення законності при призначенні додаткового покарання у виді штрафу.

6. Щодо доводів заяви адвоката Гірко П.А. про відсутність у діях засуджених ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 такої кваліфікуючої ознаки за частиною третьою статті 368 КК, як «значний розмір неправомірної вигоди», то Суд дійшов висновку про зазначене нижче.

На час вчинення інкримінованого засудженим злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК, тобто станом на липень 2012 року, чинною була частина третя статті 368 КК у редакції Закону України від 7 квітня 2011 року, де приміткою 1 визначалось, що «хабар у значному розмірі вважається таким, що у п'ять та більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян», однак Законом № 221-VII, який був чинним на час розгляду кримінальної справи у судах усіх інстанцій, згідно з приміткою 1, «неправомірною вигодою в значному розмірі вважається вигода, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян», яка зменшує обсяг обвинувачення.

З урахуванням того, що сума неправомірної вигоди, одержаної засудженими (15 992 грн 50 коп.), є меншою за вказану в частині першій примітки 1 статті 368 КК, 100 (сто) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що дорівнює 53 650 грн (з 1 січня 2012 р. податкова соціальна пільга,

що використовувалась як норма-дефініція для кваліфікації злочинів, встановлювалась у розмірі 536 грн 50 коп.), кваліфікуюча ознака «значний розмір неправомірної вигоди» з інкримінованого їм злочину за статтею 368 КК підлягає виключенню.

Аналогічну правову позицію визначено в ухвалах касаційного суду від 28 серпня 2014 року № 5-3120км14 та від 1 жовтня 2015 року № 51590км15, де касаційний суд змінив судові рішення щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2, виключив з кваліфікації їхніх діянь за частиною третьою статті 368 КК кваліфікуючу ознаку – отримання неправомірної вигоди у значному розмірі (19 974 грн 75 коп та 4800 грн відповідно), оскільки Законом № 221-VII хоч і не скасовує злочинність діяння, однак зменшує обсяг обвинувачення засудженим, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи і має зворотну дію в часі, як про це зазначено у пункті 5 Постанови.

Зіставлення правових висновків оскарженого та порівнюваних судових рішень свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

7. Ураховуючи повноваження Суду щодо втручання в рішення, які переглядаються, а також те, що зазначені фактичні обставини справи було встановлено судом першої інстанції і будь-яких нових обставин для прийняття рішення у справі встановлювати не потрібно, Суд вважає за необхідне постановити у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 остаточне рішення, яким скасувати вироки Київського районного суду м. Харкова від 9 лютого 2015 року та Апеляційного суду Харківської області 29 вересня 2015 року, ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 січня 2016 року щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 в частині їх засудження за частиною першою статті 364 КК, частиною першою статті 365 КК і справу провадженням закрити за відсутністю в їхніх діях складу злочину за цими статтями.

Указані судові рішення в частині засудження ОСОБА_1, ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 КК, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 за частиною п'ятою статті 27 частиною третьою статті 368 КК змінити: виключити з кваліфікації їхніх дій ознаку злочину «одержання хабара в значному розмірі».

У решті судові рішення залишити без зміни.

Керуючись статтями 8, 9 і 58 Конституції України, частиною першою статті 7 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, частинами першою і третьою статті 5 КК, зі змінами, внесеними Законом України від 18 квітня 2013 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» № 221-VII та Законом України від 13 травня 2014 року № 1261-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері

державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України», статтями 8 і 9, пунктом 1 частини другої статті 284, статтями 453, 454, 455 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву захисника Гірки П.А. задовольнити частково.

Вироки Київського районного суду м. Харкова від 9 лютого 2015 року та апеляційного суду Харківської області 29 вересня 2015 року, ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 січня 2016 року щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 в частині їх засудження за частиною першою статті 364 КК, частиною першою статті 365 КК скасувати і справу провадженням закрити за відсутністю в їхніх діях складу злочину за цими статтями.

Указані судові рішення в частині засудження ОСОБА_1, ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 КК, ОСОБА_3 і ОСОБА_4 за частиною п’ятою статті 27 частиною третьою статті 368 КК змінити, виключити з кваліфікації їхніх дій ознаку «одержання хабара в значному розмірі» і вважати ОСОБА_1 та ОСОБА_4 засудженими за частиною третьою статті 368 КК до покарання, яке визначено судами першої та апеляційної інстанцій у виді позбавлення волі на строк 5 років із позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк 3 роки з конфіскацією майна;

ОСОБА_3 і ОСОБА_4 вважати засудженими за частиною п’ятою статті 27, частиною третьою статті 368 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років з конфіскацією майна; за частиною першою статті 353 КК у виді обмеження волі на строк 3 роки; за частиною другою статті 146 КК у виді позбавлення волі на строк 3 роки, а на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів залишити визначене остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з конфіскацією майна.

У решті судові рішення залишити без зміни.

Постанова є остаточною і може бути оскаржена тільки з підстави, передбаченої пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова
Верховного Суду України від 12 грудня 2011 року
у справі № 5-26кс11

(рішення про правильне визнання працівника органів прокуратури суб’єктом злочину, передбаченого ст. 364 КК)

Зловживання службовим становищем є використання службових повноважень, пов’язаних зі здійсненням (реалізацією) повноважень, якими службова особа наділена займаною посадою, всупереч інтересам служби. Разом із тим зловживання службовим становищем має місце не лише при

вчиненні службовою особою діяння в межах своєї компетенції, тобто діяння, пов'язаного з власними повноваженнями, але й у випадках, коли службова особа використала авторитет своєї посади й мала можливість через своє службове становище давати вказівки, рекомендації підпорядкованим організаціям і контролювати їх.

(Витяг)

Вироком Рогатинського районного суду Івано-Франківської області від 28 грудня 2010 року ОСОБА_4**,** ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженця АДРЕСА_1, жителя м. Львова, раніше не судимого, засуджено за: ч. 3 ст. 364 КК України до позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих, фінансово-господарських функцій, та обіймати атестовані посади в правоохоронних органах, пов'язані з виконанням функцій представника влади, на строк 2 роки з конфіскацією S частини майна, яке є власністю засудженого; ч. 3 ст. 190 КК України до позбавлення волі на строк 3 роки; ч. 2 ст. 15 і ч. 2 ст. 190 КК України до позбавлення волі на строк 1 рік.

На підставі ст. 70 КК України за сукупністю злочинів ОСОБА_4 остаточно призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих, фінансово-господарських функцій, та обіймати атестовані посади в правоохоронних органах, пов'язані з виконанням функцій представника влади, на строк 2 роки з конфіскацією S частини майна, яке є власністю засудженого.

Відповідно до ст. 54 КК України ОСОБА_4 позбавлено спеціального звання – радник юстиції.

Постановлено стягнути з ОСОБА_4 на користь ОСОБА_5 та ОСОБА_6 на відшкодування матеріальної шкоди 69 790 грн, моральної – по 15 000 грн кожній та судові витрати на користь експертної організації 751 грн 20 коп. за проведення почеркознавчої експертизи.

ОСОБА_4 визнано винним та засуджено за вчинення злочинів за таких обставин.

ОСОБА_4, працюючи на посаді старшого прокурора відділу нагляду за додержанням законів органами внутрішніх справ при провадженні дізнання та досудового слідства управління нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, прокуратури Львівської області, як службова особа використав своє службове становище з корисливих мотивів – з метою незаконного збагачення – всупереч інтересам служби, порушив вимоги статей 29, 30 Закону України «Про прокуратуру», ст. 5 Закону України «Про боротьбу з корупцією» та ст. 2 Дисциплінарного статуту прокуратури України: створив уявне враження в директора ПП «Мегават» ОСОБА_7, зловживаючи його довірою, про свої можливості як працівника правоохоронного органу – повідомив, що він може завдяки своєму службовому становищу, авторитету і повноваженням органів прокуратури, особистим відносинам зі службовими особами державних органів влади та органів місцевого самоврядування впливати на діяльність органів

державного контролю з метою сприяння ОСОБА_7 у здійсненні ним підприємницької діяльності, і запропонував в обмін на незаконну щомісячну грошову винагороду від ОСОБА_7 свої послуги у підприємництві та за невжиття відповідних заходів щодо усунення порушень законодавства при розміщенні автомобільної стоянки ПП «Мегават».

Проживаючи АДРЕСА_2, ОСОБА_4 із часу відкриття автостоянок ПП «Мегават» користувався їх послугами. За цей час між засудженим та директором цього підприємства ОСОБА_7 установилися довірливі стосунки, основою яких було використання ОСОБА_4 авторитету органів прокуратури Львівської області як правоохоронного органу, де він працював на різних посадах, про що ОСОБА_7 було достовірно відомо.

Наприкінці 2007 року ОСОБА_4 з метою незаконного збагачення повідомив неправдиві відомості про те, що він як працівник прокуратури Львівської області може використати свої службові повноваження і вжити заходів щодо перевірки підприємницької діяльності ПП «Мегават» на предмет додержання законодавства при розміщенні автомобільних стоянок, внаслідок чого підприємницьку діяльність ПП «Мегават» буде припинено, і попередив про негайне вжиття таких заходів у разі відмови ОСОБА_7 виконати його вимоги. При зустрічі з останнім ОСОБА_4 запропонував передавати йому гроші у визначених ним розмірах. ОСОБА_7 погодився на ці умови, за яких відмова могла завдати шкоди його інтересам, і з грудня 2007 року по серпень 2008 року передав ОСОБА_4 гроші на загальну суму 69 790 грн.

Крім цього, 1 лютого 2008 року в службовому приміщенні автостоянки ПП «Мегават», розташованої поблизу АДРЕСА_3, між ОСОБА_4, який зловживав своїм службовим становищем, та ОСОБА_7, який виконував його вимоги, було укладено за цих же умов договір уступки права вимоги на інвестовану останнім квартиру вартістю 112 262 грн, згідно з яким ОСОБА_7 уступив, а ОСОБА_4 прийняв право вимоги на отримання права власності на квартиру вартістю 112 262 грн, яка належала ОСОБА_7 відповідно до договору ІНФОРМАЦІЯ_2, укладеного між ОСОБА_7 і ТОВ «Студія-Велес».

Також ОСОБА_4, працюючи уже на посаді помічника прокурора м. Львова, з метою незаконного збагачення вирішив шляхом обману, повідомивши ОСОБА_6, яка стала директором ПП «Мегават» після смерті батька, та її матері ОСОБА_5 недостовірні відомості про свої повноваження, одержувати від них незаконну щомісячну грошову винагороду за сприяння у здійсненні підприємницької діяльності та невжиття заходів щодо усунення порушень законодавства при розміщенні автомобільної стоянки ПП «Мегават».

З цією метою ОСОБА_4 з вересня 2008 року по лютий 2009 року зустрічався з ОСОБА_6 та ОСОБА_5 з метою обговорення питання про фінансово-господарську діяльність ПП «Мегават» і попереджав, що може вжити заходів щодо припинення діяльності підприємства, однак ОСОБА_6 та ОСОБА_5 вимог ОСОБА_4 не виконували. Не зважаючи на це, ОСОБА_4 призначив їм зустріч 13 лютого 2009 року на території автостоянки ПП «Мегават».

13 лютого 2009 року ОСОБА_4 під час зустрічі із ОСОБА_6 та ОСОБА_5 запропонував їм передати йому гроші у розмірі 5200 грн, які покійний ОСОБА_7 нібито заборгував, та запропонував їм у подальшому щомісячно передавати йому гроші в розмірі 1300 грн за вплив на діяльність органів державного контролю з метою сприяння їм у здійсненні підприємницької діяльності.

Ухвалою апеляційного суду Івано-Франківської області від 12 квітня 2011 року вирок щодо ОСОБА_4 залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 липня 2011 року вирок Рогатинського районного суду Івано-Франківської області від 28 грудня 2010 року та ухвалу апеляційного суду Івано-Франківської області від 12 квітня 2011 року щодо ОСОБА_4 змінено: перекваліфіковано дії ОСОБА_4 за епізодом договору уступки права вимоги на інвестовану ОСОБА_7 квартиру з ч. 3 ст. 190 на ч. 2 ст. 15 та ч. 3 ст. 190 КК України і за цим законом призначено йому покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. За сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 364, ч. 3 ст. 190, ч. 2 ст. 15 і ч. 3 ст. 190, ч. 2 ст. 15 і ч. 2 ст. 190 КК України, на підставі ст. 70 КК України ОСОБА_4 остаточно визначено покарання у виді позбавленні волі на строк 5 років з позбавленням права обіймати атестовані посади в правоохоронних органах, пов'язаних з виконанням функцій представника влади на строк 2 роки з конфіскацією S частини майна, яке є власністю засудженого; відповідно до ст. 54 КК України ОСОБА_4 позбавлено спеціального звання – радник юстиції. Виключено із вказаних судових рішень призначення покарання ОСОБА_4 за ч. 3 ст. 364 КК України та остаточно визначеного покарання за сукупністю злочинів додаткове покарання у виді позбавлення його права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та фінансово-господарських функцій.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 листопада 2011 року кримінальну справу щодо ОСОБА_4 допущено до провадження Верховного Суду України за його заявою про перегляд винесеної у цій справі ухвали суду касаційної інстанції від 12 липня 2011 року.

У своїй заяві засуджений ОСОБА_4 зазначає, що його дії кваліфіковані судом за ч. 3 ст. 364 КК України як зловживання владою або службовим становищем, що вчинено працівником правоохоронного органу, помилково. На думку ОСОБА_4, у судових рішеннях щодо нього не встановлено вчинення ним діяння у межах повноважень, наданих йому за посадою чи у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, або яке було обумовлено його службовим становищем і пов'язане зі здійсненням безпосередніх службових обов'язків, та не встановлено, які конкретно надані повноваження за посадою використані ним всупереч інтересам служби. Вважає, що його дії слід було кваліфікувати за ч. 1 ст. 353 КК України, а не за ч. 3 ст. 364 КК України. Також зазначає, що підставою для перегляду ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду

цивільних і кримінальних справ від 12 липня 2011 року є неоднакове застосування судом касаційної інстанції ст. 364 КК України, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

На обґрунтування заяви він подав копії ухвал колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 вересня 2007 року, від 25 березня 2008 року, від 3 квітня 2008 року, від 30 жовтня 2008 року та від 13 січня 2011 року. Зокрема, в ухвалі від 3 квітня 2008 року щодо ОСОБА_8, виправданої вироком Київського районного суду м. Одеси від 21 березня 2007 року за ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 190, ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15 та ч. 1 ст. 369 КК України, касаційна інстанція у задоволенні касаційного подання заступника прокурора Одеської області та касаційної скарги потерпілої ОСОБА_9 відмовила; в ухвалі від 30 жовтня 2008 року щодо ОСОБА_10, засудженого вироком Ленінського районного суду м. Вінниці від 10 грудня 2007 року за ч. 2 ст. 190, ч. 1 ст. 364 КК України, якою касаційна інстанція судові рішення щодо ОСОБА_10 в частині його засудження за ч. 1 ст. 364 КК України скасувала, а справу в цій частині закрила за відсутністю в його діях складу злочину.

Засуджений ОСОБА_4 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 липня 2011 року щодо нього та направити справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Заслухавши доповідь судді-доповідача, пояснення захисників ОСОБА_1 та ОСОБА_2, які підтримали заяву ОСОБА_4, а ОСОБА_1 ще й просив скасувати судові рішення щодо ОСОБА_4 в частині його засудження за ч. 3 ст. 364 КК України та кримінальну справу в цій частині закрити за відсутності складу злочину; представника потерпілих ОСОБА_3, який заперечував проти задоволення заяви засудженого, та заступника Генерального прокурора України Ударцова Ю.В., який вважав, що підстав для задоволення заяви немає, перевіривши матеріали справи, обговоривши викладені у заяві доводи та науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, Верховний Суд України вважає, що заява задоволенню не підлягає з таких підстав.

Статтею 364 КК України передбачена відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, під яким у диспозиції частини першої цієї статті розуміється умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби.

У примітці 1 до ст. 364 КК України зазначено, що службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків, або виконують такі обов’язки за спеціальним повноваженням.

При цьому у ч. 3 ст. 364 КК України передбачено відповідальність за

зловживання владою або службовим становищем, вчинене працівником правоохоронного органу, а згідно зі ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» до числа останніх віднесені органи прокуратури.

Як убачається з матеріалів кримінальної справи, ОСОБА_4 на час вчинення суспільно небезпечних діянь щодо ОСОБА_7, ОСОБА_6, ОСОБА_5 у 2007-2009 роках працював на різних посадах в органах прокуратури, зокрема: старшого прокурора відділу управління нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство прокуратури Львівської області та помічника прокурора м. Львова.

Водночас, відповідно до ст. 29 Закону України «Про прокуратуру», нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, має своїм завданням сприяти: розкриттю злочинів, захисту особи, її прав, свобод, власності, прав підприємств, установ, організацій від злочинних посягань; виконанню вимог закону про невідворотність відповідальності за вчинений злочин; запобіганню незаконному притягненню особи до кримінальної відповідальності; охороні прав і законних інтересів громадян, які перебувають під слідством; здійсненню заходів щодо запобігання злочинам, усунення причин та умов, що сприяють їх вчиненню.

Згідно зі ст. 30 Закону України «Про прокуратуру» нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання і досудове слідство прокурор вживає заходів до того, щоб органи дізнання і досудового слідства: додержували передбаченого законом порядку порушення кримінальних справ, розслідування діянь, що містять ознаки злочину, проведення оперативно-розшукових заходів, застосування технічних засобів, припинення та закриття справ, а також додержували строків провадження слідства та тримання під вартою; при розслідуванні злочинів неухильно виконували вимоги закону про всебічне, повне і об’єктивне дослідження всіх обставин справи, з’ясовували обставини, які викривають чи виправдовують обвинуваченого, а також пом’якшують і обтяжують його відповідальність; виявляли причини вчинення злочинів і умови, що сприяють цьому, вживали заходів до їх усунення.

Повноваження прокурора при здійсненні нагляду за додержанням законів органами попереднього слідства і дізнання визначаються кримінально-процесуальним законодавством.

Разом із тим відповідно до п. 2 Дисциплінарного статуту прокуратури України працівники прокуратури повинні мати високі моральні якості, бути принциповими і непримиренними до порушень законів, поєднувати виконання своїх професійних обов’язків з громадянською мужністю, справедливістю та непідкупністю. Вони повинні особисто суворо додержувати вимог закону, виявляти ініціативу в роботі, підвищувати її якість та ефективність і сприяти своєю діяльністю утвердженню верховенства закону, забезпеченню демократії, формуванню правосвідомості громадян, поваги до законів, норм та правил

суспільного життя.

Будь-які порушення прокурорсько-слідчими працівниками законності та службової дисципліни підривають авторитет прокуратури, завдають шкоди інтересам держави та суспільства.

Крім того, згідно з ч. 1 ст. 5 Закону України від 5 жовтня 1995 року «Про боротьбу з корупцією», який діяв на час вчинення злочинів, державний службовець або інша особа, уповноважена на виконання функцій держави, не має права: сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним і юридичним особам у здійсненні ними підприємницької діяльності, а так само в отриманні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг з метою незаконного одержання за це матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг; займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб, бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, в якому вона працює, а також виконувати роботу на умовах сумісництва (крім наукової, викладацької, творчої діяльності, а також медичної практики); входити самостійно (крім випадків, коли державний службовець здійснює функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі, та представляє інтереси держави в раді товариства (спостережній раді) або ревізійній комісії господарського товариства), через представника або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів підприємств, кредитно-фінансових установ, господарських товариств тощо, організацій, спілок, об'єднань, кооперативів, що здійснюють підприємницьку діяльність; відмовляти фізичним та юридичним особам в інформації, надання якої передбачено правовими актами, умисно затримувати її, надавати недостовірну чи неповну інформацію; сприяти, використовуючи своє службове становище, фізичним і юридичним особам – учасникам процедур закупівель у досягненні перемоги всупереч вимогам Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти».

Як убачається з матеріалів кримінальної справи щодо ОСОБА_4 та встановлено судовими рішеннями, останній, зловживаючи владою та службовим становищем працівника правоохоронного органу, а саме: старшого прокурора відділу управління нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство прокуратури Львівської області та помічника прокурора м. Львова, достовірно знаючи, що в його службові повноваження не входить здійснення нагляду за додержанням і застосуванням законів, предметом якого згідно зі ст. 19 Закону України «Про прокуратуру» є відповідність актів, які видаються всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції України та чинним законам; додержання законів про недоторканість особи, соціально-економічні, політичні, особисті права і свободи громадян, захист їх честі і гідності; додержання законів, що стосуються економічних, міжнаціональних відносин, охорони навколишнього середовища, митниці та зовнішньоекономічної діяльності, реалізуючи умисел, спрямований на незаконне одержання коштів ОСОБА_7, ОСОБА_6 та ОСОБА_5, ввів їх в оману – повідомив неправдиві відомості про те, що він як

працівник прокуратури, використовуючи свої повноваження, може вжити заходів щодо перевірки підприємницької діяльності ПП «Мегават» на предмет додержання законодавства при розміщенні автомобільних стоянок, внаслідок чого підприємницьку діяльність ПП «Мегават» буде припинено, чим спричинив потерпілим тяжкі наслідки при заволодінні коштами у розмірі 69 790 грн, замаху на заволодіння квартирою вартістю 112 262 грн та коштами у розмірі 5200 грн. При цьому своїми діями ОСОБА_4 заподіяв істотну шкоду охоронюваним законом державним і громадським інтересам, яка полягає у підриві авторитету та престижу органів прокуратури, а саме: створення в громадськості негативної уяви щодо службових осіб органів прокуратури, їх корумпованості, недотримання ними у своїй службовій діяльності та нехтуванні нормами чинного законодавства.

Аналіз зазначених норм законів, нормативно-правових актів і фактичних обставин справи щодо ОСОБА_4 свідчить про те, що він вчинив як зловживання владою та службовим становищем працівником правоохоронного органу, так і шахрайські дії щодо заволодіння майном потерпілих ОСОБА_7, ОСОБА_6 та ОСОБА_5 за викладених у вироку обставин.

Так, зловживання владою є вчинення службовою особою, яка постійно або тимчасово здійснює функції представника влади, умисного діяння з використанням своїх повноважень, якими вона наділена на підставі законів та інших нормативно-правових актів, всупереч інтересам служби.

Зловживання службовим становищем є використання службових повноважень, пов’язаних зі здійсненням (реалізацією) повноважень, якими службова особа наділена займаною посадою, всупереч інтересам служби. Разом із тим зловживання службовим становищем має місце не лише при вчиненні службовою особою діяння в межах своєї компетенції, тобто діяння, пов’язаного з власними повноваженнями, але й у випадках, коли службова особа використала авторитет своєї посади й мала можливість у силу свого службового становища давати вказівки, рекомендації підпорядкованим організаціям й контролювати їх. За обставин, встановлених судами у справі щодо ОСОБА_4, потерпілі мали підстави побоюватися можливості вчинення щодо них відповідних шкідливих дій працівником правоохоронного органу ОСОБА_4, сприймали його як працівника прокуратури й вимушено виконували ті незаконні дії, які вимагав засуджений. Таким чином, Верховний Суд України вважає, що ОСОБА_4 діяв всупереч інтересам служби, які вбачаються в діях засудженого як працівника прокуратури, спрямованих на вчинення порушення своїх службових обов’язків, які заподіяли шкоду охоронюваним законом інтересам ОСОБА_7, ОСОБА_6 та ОСОБА_5, державним інтересам та інтересам юридичної особи ПП «Мегават».

Разом із тим відповідно до положень п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», якщо обман чи зловживання довірою при шахрайстві полягають у вчиненні іншого злочину, дії винної особи належить кваліфікувати за відповідною частиною статті 190 КК і статтею, що передбачає відповідальність за цей злочин. Зокрема, самовільне присвоєння

владних повноважень або звання службової особи, викрадення, привласнення, пошкодження та підроблення документів, штампів і печаток з метою подальшого їх використання при шахрайстві, використання при шахрайстві завідомо підробленого документа, а також зловживання владою чи службовим становищем потребують додаткової кваліфікації відповідно за статтями 353, 357, 358 та 364 КК України.

Також необхідно відзначити, що у рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Гулеватого О.І. про офіційне тлумачення частини другої ст. 164 КК України 1960 року (справа про службових осіб підприємств, установ та організацій) від 30 жовтня 2003 року № 18-рп/2003 зазначається, що діяння, які становлять об'єктивну сторону службових злочинів (за винятком давання хабара) пов'язані зі службовою діяльністю службових осіб, порушенням ними функціональних обов'язків. Діяння, що становлять їх об'єктивну сторону, завжди вчиняються всупереч інтересам служби, тобто є незаконними і такими, що суперечать цілям і завданням, заради яких функціонує апарат управління відповідних органів, підприємств, установ та організацій і для виконання яких службові особи цих апаратів наділяються певними повноваженнями.

Крім того, Верховний Суд України вважає, що посилання засудженого ОСОБА_4 на ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 вересня 2007 року, від 25 березня 2008 року, від 3 квітня 2008 року, від 30 жовтня 2008 року та від 13 січня 2011 року як на різні за змістом судові рішення, в яких мали місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону, є безпідставними.

Так, ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 вересня 2007 року судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_11 скасовано, а справу направлено на новий апеляційний розгляд. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 січня 2011 року судові рішення щодо ОСОБА_12 та кваліфікація його дій за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 190, ч. 3 ст. 364 КК України, при касаційному розгляді справи визнана правильною та сумнівів не викликала. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 березня 2008 року судові рішення в частині засудження ОСОБА_13 за ч. 2, ч. 3 ст. 186 КК України залишені без зміни, а щодо його засудження за ст. 353 КК України – скасовані, провадження у справі закрито за відсутності в його діях складу злочину, оскільки у вироку суду не було вказано і в матеріалах справи відсутні об'єктивні дані, які б свідчили про самовільне присвоєння владних повноважень службової особи засудженим. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 3 квітня 2008 року судові рішення щодо ОСОБА_8 стосовно визнання її невинуватою та виправданою за ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 190, ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 369 КК України залишені без зміни. Зазначені вище ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду

України не дають підстав вважати, що суд касаційної інстанції неправильно застосував кримінальний закон, а обставини зазначених кримінальних справ не свідчать про неоднакове застосування кримінального закону.

Щодо ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 року, якою вирок Ленінського районного суду Вінницької області від 10 грудня 2007 року та ухвала апеляційного суду Вінницької області від 20 березня 2008 року стосовно ОСОБА_10 скасовані в частині його засудження за ч. 1 ст. 364 КК України, то вона, на думку суддів Верховного Суду України, може свідчити про неоднакове застосування кримінального закону щодо одних і тих же суспільно небезпечних діянь.

Разом із тим колегія суддів, розглядаючи справу в касаційному порядку щодо ОСОБА_10, дійшла висновку, що фактичні обставини справи свідчили про те, що засуджений шляхом обману та зловживання довірою потерпілих заволодів майном та їх грошима як приватна особа, не використовуючи при цьому свого службового становища як державного виконавця.

А за обставинами справи щодо ОСОБА_4, засуджений як службова особа умисно використав своє службове становище з корисливих мотивів всупереч інтересам служби, створив уявне враження в директора ПП «Мегават» ОСОБА_7, зловживаючи його довірою, а потім і в ОСОБА_6 та ОСОБА_5, про свої можливості як працівника правоохоронного органу – працівника прокуратури Львівської області та м. Львова – повідомив, що він може завдяки своєму службовому становищу, авторитету і повноваженням органів прокуратури, особистим відносинам зі службовими особами державних органів влади та органів місцевого самоврядування, впливати на діяльність органів державного контролю з метою сприяння ОСОБА_7, ОСОБА_6 та ОСОБА_5 у здійсненні ними підприємницької діяльності.

Таким чином, Верховний Суд України вважає, що ОСОБА_4 як службова особа органів прокуратури при вчиненні злочинів використав авторитет своєї посади й мав можливість у силу свого службового становища давати вказівки, рекомендації підпорядкованим організаціям і контролювати їх щодо перевірки діяльності та функціонування ПП «Мегават», директором якого був ОСОБА_7, а потім ОСОБА_6.

Ураховуючи наведене, Верховний Суд України не вбачає підстав для задоволення заяви засудженого ОСОБА_4 і скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 липня 2011 року щодо нього та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

На підставі викладеного, керуючись статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК України, Верховний Суд України

постановив:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_4 про перегляд винесеної в цій справі ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 липня 2011 року щодо нього.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 1 березня 2012 року у справі № 5-2кс12

(рішення про правильну кваліфікацію дій хабарника, який в інтересах хабародавця виконує певні незаконні дії, що самі по собі є злочинними, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 368, 364 КК)

Виходячи з теорії кримінального права, кваліфікація дій особи, яка одержала хабар, за сукупністю з іншими злочинами у сфері службової діяльності можлива тільки у випадках, коли ця особа в інтересах хабародавця виконує якісь незаконні дії, які самі по собі є злочинними і не охоплюються об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України.

У матеріалах справи йдеться про вчинення винуватим незаконних дій. Адже останній порушив вимоги низки нормативних актів, а також свої функціональні обов'язки, не зареєструвавши у встановленому порядку виявлену дорожньо-транспортну пригоду та не склавши відповідного адміністративного протоколу.

Отже, твердження винуватого про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону (ст. 364 КК України) щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

(Витяг)

Вироком Царичанського районного суду Дніпропетровської області від 21 травня 2009 року засуджено ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, не маючого судимості, за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України на п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків строком на два роки шість місяців з конфіскацією 1/6 частини майна, яке є його власністю, за частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України на п'ять років один місяць позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків строком на три роки з конфіскацією 1/5 частини майна, яке є його власністю, а на підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів остаточно йому призначено п'ять років один місяць позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків строком на три роки з конфіскацією 1/5 частини майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 визнано винуватим у зловживанні службовим становищем та в

одержанні хабара. 27 липня 2006 року прапорщик міліції ОСОБА_1, виконуючи обов'язки старшого інспектора патрульної служби відділення охорони громадського порядку (ІНФОРМАЦІЯ_2) РВ УМВС України в Дніпропетровській області, за попередньою змовою із старшим сержантом міліції ОСОБА_2 - інспектором патрульної служби відділення охорони порядку цього ж райвідділу, прибули додому до мешканця (ІНФОРМАЦІЯ_3) ОСОБА_3, де за не притягнення до відповідальності за вчинення дорожньо-транспортної пригоди, що сталася в ніч на 27 липня 2006 року, вимагали від нього 1.000 грн. хабара, який одержали частинами 27 липня – 600 грн. біля заправки у (ІНФОРМАЦІЯ_4) і 29 липня – 400 грн. біля адміністративного приміщення (ІНФОРМАЦІЯ_2) РВ УМВС по вул. (ІНФОРМАЦІЯ_5).

При цьому ОСОБА_1 і ОСОБА_2 умисно з корисливих мотивів, використовуючи своє службове становище всупереч інтересам служби, з метою одержання хабара не зареєстрували виявлену ними дорожньо-транспортну пригоду в журналі реєстрації заяв та повідомлень про вчинення злочинів РВ УМВС України, не склали протокол про адміністративне правопорушення, чим заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом державним інтересам у виді підриву авторитету та престижу органів внутрішніх справ.

Ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області від 17 серпня 2010 року вирок щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 березня 2011 року вирок та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

У заяві засуджений ОСОБА_1 стверджує, що касаційна інстанція мала була виключити з вироку місцевого суду та ухвали апеляційної інстанції рішення про його засудження за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України, але не зробила цього і в такий спосіб допустила неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Просить скасувати це рішення касаційного суду, а так само вирок місцевого та ухвалу апеляційного судів, а справу – закрити провадженням.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду засудженим надано ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 жовтня 2010 року щодо особи, якій так само інкримінувалося одержання хабара (частина 2 статті 368 Кримінального кодексу України) і зловживання владою або службовим становищем (частина 3 статті 364 Кримінального кодексу України), однак яку було виправдано за вчинення останнього злочину.

ОСОБА_1 вважає, що у справі про його засудження мали місце подібні суспільно небезпечні діяння, проте суд касаційної інстанції постановив щодо нього протилежне рішення.

Заслухавши доповідь судді – доповідача, пояснення начальника управління участі прокурорів Генерального прокурора України у перегляді судових рішень у кримінальних справах Курапова М.В., який вважав, що засудженому ОСОБА_1 слід відмовити у задоволенні заяви, оскільки в даному разі немає

неоднакового застосування судами касаційної інстанції норм кримінального закону, перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали додані до заяви, обговоривши доводи заяви, судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшли до наступного.

Виходячи з теорії кримінального права, кваліфікація дій особи, яка одержала хабар, за сукупністю з іншими злочинами у сфері службової діяльності можлива тільки у випадках, коли ця особа в інтересах хабародавця виконує якісь незаконні дії, які самі по собі є злочинними і не охоплюються об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України.

У кримінальній справі, в якій, на думку заявника, правильно застосовано кримінальний закон, висунуте щодо ОСОБА_5 обвинувачення зводилося до того, що останній, обіймаючи посаду старшого слідчого, шляхом вимагання у період з 24 листопада 2006 року по 31 січня 2007 року одержав від ОСОБА_7 у три прийоми хабар загальною сумою 2.238 грн. за закриття кримінальної справи щодо нього та видачу відповідної довідки. Крім того, ОСОБА_5, будучи працівником правоохоронного органу, з корисливих мотивів всупереч інтересам служби, достовірно знаючи, що кримінальна справа, у якій ОСОБА_7 проходив свідком, закрита та знаходиться в архіві, вчасно та належним чином про це ОСОБА_7 не повідомив, 4 грудня 2006 року отримав від ОСОБА_7 хабар у розмірі 200 євро, 5 січня 2007 року – хабар у розмірі 200 грн., а 25 січня 2007 року викликав повісткою до райвідділу ОСОБА_7 як свідка по закритій кримінальній справі, після чого 31 січня 2007 року одержав від останнього хабар в розмірі 500 грн. і віддав ОСОБА_7 довідку про закриття кримінальної справи, чим заподіяв істотну шкоду державним інтересам у вигляді дискредитації правоохоронних органів та підриву їх авторитету, а також охоронюваним законом правам та інтересам ОСОБА_7 у вигляді заподіяння йому матеріальної шкоди.

Касаційний суд, розглядаючи справу щодо ОСОБА_5, визнав, що у діях засудженого відсутній склад злочину, передбаченого статтею 364 Кримінального кодексу України, оскільки дії, за вчинення яких було одержано хабар, а саме – закриття справи, носили законний характер, отже вчинене повністю охоплювалося диспозицією статті 368 Кримінального кодексу України і додаткової кваліфікації за статтею 364 Кримінального кодексу України не потребувало.

У справі щодо ОСОБА_1 мова йде про інші фактичні обставини.

Як установив Царичанський районний суд Дніпропетровської області, і з цим погодилися суди апеляційної та касаційної інстанції, ОСОБА_1, який діяв спільно з ОСОБА_2, керуючись корисливим мотивом і використовуючи своє службове становище, грубо порушив вимоги закону, а саме не склав протокол про адміністративне правопорушення. На відміну від справи, на яку посилається засуджений як таку, що на його думку, має аналогічні фактичні обставини, але отримали іншу кримінально-правову оцінку, у матеріалах справи йдеться про вчинення ОСОБА_1 незаконних дій. Адже останній порушив вимоги низки нормативних актів, а також свої функціональні

обов'язки, не зареєструвавши у встановленому порядку виявлену дорожньо-транспортну пригоду та не склавши відповідного адміністративного протоколу.

Отже, наведені у заяві ОСОБА_1 твердження про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

Також ОСОБА_1 у своїй заяві заперечує фактичні обставини справи, зокрема стосовно доведеності інкримінованих йому злочинів, скаржиться на порушення норм кримінально-процесуального закону, а також на невідповідність призначеного покарання тяжкості злочинів та його особі.

Згідно з пунктом 1 частини 1 статтею 400-11 Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України вправі переглядати судові рішення у кримінальних справах та, за наявності для цього підстав, втручатися в них у випадку, коли має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Зазначені у заяві твердження не стосуються (виходять за межі) визначеного законом предмета перегляду судових рішень, а тому не можуть слугувати підставами для їх зміни чи скасування.

На підставі наведеного та керуючись статтями 400-21, 400-23, 400-24 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1 відмовити.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом другим частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 жовтня 2012 року у справі № 5-19кс12

(рішення про правильну кваліфікацію дій хабарника, який в інтересах хабародавця виконує певні незаконні дії, що самі по собі є злочинними, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 368, 364 КК)

Зважаючи на доктринальне тлумачення норм у теорії кримінального права та роз'яснення, що містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», дії службової особи, яка отримала хабар, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів у тому разі, коли виконані службовою особою у зв'язку з одержанням хабара дії самі по собі також є злочинними і утворюють самостійний склад службового злочину (службове підроблення, зловживання владою чи службовим становищем тощо).

У матеріалах справи щодо винуватих йдеться про вчинення ними з використанням службового становища всупереч інтересам служби самостійних незаконних дій, які самі по собі утворюють склад злочину, передбаченого частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України, і не охоплюються об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України. Ці дії засуджених за встановлених судом обставин утворюють реальну сукупність двох злочинів і кваліфікуються за частиною 2 статті 368 і частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України.

(Витяг)

Вироком Шевченківського районного суду м. Києва від 8 вересня 2010 року засуджено:

ОСОБА 2, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, такого, що не має судимості, за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; на підставі частини 1 статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів ОСОБА 2 визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк шість років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; на підставі статті 54 Кримінального кодексу України ОСОБА 2 позбавлено спеціального звання капітана міліції;

ОСОБА 3, ІНФОРМАЦІЯ 2 року народження, такого, що не має судимості, - за частиною 1 статті 309 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк два роки; частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; на підставі частини 1 статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів ОСОБА 3 визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк шість років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; на підставі статті 54 Кримінального кодексу України ОСОБА 3 позбавлено спеціального звання лейтенанта міліції.

ОСОБА 2 та ОСОБА 3 визнано винуватими у вчиненні злочинів за таких обставин.

ОСОБА 2, працюючи з 3 вересня 2004 року начальником бюро

оперативно-розшукової роботи Управління боротьби з незаконним обігом наркотиків при ГУ МВС України в м. Києві (далі – Управління), та ОСОБА 3, який з 14 березня 2005 року працював оперуповноваженим відділення розкриття групових і резонансних злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків, цього ж бюро, відповідно до статті 10 Закону України «Про міліцію» та до своїх посадових інструкцій як працівники міліції, уповноважені на виконання функцій представників влади, зобов'язані виявляти, запобігати, припиняти та розкривати злочини, вживати із цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених чинним законодавством, приймати та реєструвати заяви та повідомлення про злочини та адміністративні правопорушення, своєчасно приймати щодо них рішення, провадити дізнання у межах, визначених кримінально-процесуальним законодавством, твердо знати та неухильно виконувати вимоги законодавства України, наказів, інструкцій, розпоряджень МВС України та ГУ МВС України в м. Києві з питань боротьби зі злочинністю та охорони прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

На початку липня 2005 року ОСОБА 2 під час виконання своїх службових обов'язків отримав оперативну інформацію про те, що водій автомобіля ІНФОРМАЦІЯ 3 перевозить осіб, які вчиняють злочини проти власності, та скуповує речі, здобуті злочинним шляхом. З метою перевірки отриманої інформації ОСОБА 2 та за його вказівкою ОСОБА 3 деякий час вчиняли дії для встановлення цього автомобіля та його водія.

18 липня 2005 року ОСОБА 2 та ОСОБА 3 у м. ІНФОРМАЦІЯ 4 виявили зазначений автомобіль, за кермом якого перебував ОСОБА 4, наказали йому їхати до Управління, де відібрали у ОСОБА 4 письмове пояснення і упевнились, що цей водій дійсно володіє інформацією про злочини, учинені іншими особами.

Після цього, ОСОБА 2 та ОСОБА 3 умисно з корисливих мотивів з метою одержання хабара, використовуючи своє службове становище усупереч інтересам служби та вимогам пунктів 2.3, 3.3, 3.17 Інструкції про порядок приймання, реєстрації та розгляду в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про злочини, що вчинені або готуються, затвердженої наказом МВС України від 14.04.2004 року № 400 (далі – Інструкція), згідно з якими при безпосередньому виявленні ознак злочину та отриманні повідомлення про це вони зобов'язані були скласти рапорти про виявлення ними правопорушення, що містить ознаки злочину, і повідомити про це у найближчий підрозділ міліції для реєстрації отриманого повідомлення в Журналі реєстрації заяв про злочини та подальшої його перевірки й прийняття рішення відповідно до вимог Кримінально-процесуального кодексу України, зазначених дій не вчинили, приховали від обліку отримані відомості, рапорти не склали і повідомлення в установленому порядку не зареєстрували. Таким чином, вони грубо порушили вимоги закону, зазначеної вище Інструкції та статті 2 Кримінально-процесуального кодексу України, тобто не виконали покладених на них завдань, чим завдали істотної шкоди охоронюваним законом державним інтересам у виді підриву авторитету органів внутрішніх справ.

Продовжуючи свої злочинні дії, спрямовані на одержання хабара, ОСОБА

2 та ОСОБА 3, діючи за попередньою змовою групою осіб і використовуючи відібране у ОСОБА 4 пояснення як засіб тиску на останнього з метою створення у нього уяви про невідворотність кримінальної відповідальності за нібито співучасть у злочинах проти приватної власності, погрожуючи кримінальним переслідуванням, стали вимагати у ОСОБА 4 передати їм хабар у розмірі 2 тис. доларів США за невжиття заходів щодо прийняття, реєстрації і перевірки у встановленому законом порядку інформації на причетність ОСОБА 4 до вчинення зазначених ним у поясненні злочинів та прийняття щодо нього рішення в порядку статті 97 Кримінально-процесуального кодексу України, тим самим умисно створивши умови, за яких ОСОБА 4, який сприймав дії працівників міліції як загрозу своїм правам та законним інтересам, був змушений погодитись дати хабар.

18 липня 2005 року приблизно о 14-ій годині ОСОБА 2 та ОСОБА 3 в автомобілі ІНФОРМАЦІЯ 3 отримали від ОСОБА 4 частину обумовленої суми хабара – 1 тис. 500 доларів США, що становило 7 тис. 575 грн.

20 липня 2005 року приблизно о 18-ій годині після неодноразових телефонних розмов, в яких ОСОБА 2 та ОСОБА 3 спонукали ОСОБА 4 передати їм всю обумовлену раніше суму, висловлюючи погрози притягнення до кримінальної відповідальності за співучасть у злочинах, отримали від останнього ще 500 доларів США, що становило 2 тис. 525 грн., після чого повернули ОСОБА 4 його пояснення, оформлене як протокол допиту. Цього ж дня ОСОБА 2 та ОСОБА 3 були затримані.

Таким чином, ОСОБА 2 і ОСОБА 3, будучи службовими особами, працівниками правоохоронного органу, умисно з корисливих мотивів використали владу та службове становище всупереч інтересам служби, чим завдали істотної шкоди охоронюваним законом державним та громадським інтересам, та одержали хабар за вчинення в інтересах того, хто дає хабар, будь-якої дії з використанням наданої їм влади та службового становища, за попередньою змовою групою осіб, поєднаний з вимаганням хабара.

Крім того, 20 липня 2005 року під час огляду особистих речей ОСОБА 3 у його барсетці та в автомобілі, яким він керував на підставі довіреності, було виявлено й вилучено наркотичні засоби: 4 пакети висушеної марихуани вагою 6,94 г та висушену макову солому вагою 113 г, які той незаконно придбав у невстановлений слідством час та спосіб, зберігав та перевозив без мети збуту.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 9 червня 2011 року вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 8 вересня 2010 року щодо ОСОБА 2 та ОСОБА 3 змінив: у частині засудження ОСОБА 3 за частиною 1 статті 309 Кримінального кодексу України вирок скасував, а справу закрив у зв'язку із закінченням строків давності. Постановив вважати ОСОБА 2 і ОСОБА 3 засудженими кожного за частиною 3 статті 364, частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України до покарання, призначеного судом першої інстанції, а покарання, призначене їм на підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів, пом'якшити кожному до п'яти років одного місяця позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в органах внутрішніх справ, строком на три роки, з

конфіскацією всього належного їм майна. У решті вирок щодо ОСОБА 2 та ОСОБА 3 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 15 травня 2012 року касаційні скарги захисника ОСОБА 1, засуджених ОСОБА 2 та ОСОБА 3 залишила без задоволення. У порядку статті 395 Кримінально-процесуального кодексу України судові рішення щодо ОСОБА 2 та ОСОБА 3 змінила: виключила рішення про позбавлення їх на підставі статті 54 Кримінального кодексу України спеціальних звань: ОСОБА 2 - капітана міліції, ОСОБА 3 - лейтенанта міліції.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України захисник ОСОБА 1 просить скасувати ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд. Твердить, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї і тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку захисника, у справі щодо ОСОБА 2 і ОСОБА 3 касаційний суд припустився помилки у правозастосуванні, а саме: суд погодився із кваліфікацією судів першої та апеляційної інстанції дій засуджених за ознаками злочинів, передбачених частиною 2 статті 368 і частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України, тоді як їхні діяння належить кваліфікувати лише за частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні захисник ОСОБА 1 послався на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 жовтня 2010 року щодо Особи 5. У цій справі, так само, як і ОСОБА 2 ТА ОСОБА 3, інкримінувалася сукупність злочинів: одержання хабара (частина 2 статті 368 Кримінального кодексу України) і зловживання владою та службовим становищем (частина 3 статті 364 Кримінального кодексу України), однак суд касаційної інстанції кваліфікацію дій за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України виключив як зайву.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника про необхідність задоволення заяви, прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

Згідно зі статтею 400-11 Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України підставами для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, одночасно мають бути: встановлення неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону при розгляді двох і більше справ, подібність у цих справах суспільно небезпечних діянь і ухвалення у цих справах судом

касаційної інстанції різних за змістом судових рішень.

Виходячи з доктринального тлумачення норм кримінального права в теорії кримінального права та роз'яснень, що містяться у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», дії службової особи, яка отримала хабар, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів у тому разі, коли виконані службовою особою у зв'язку з одержанням хабара дії самі по собі також є злочинними і утворюють самостійний склад службового злочину (службове підроблення, зловживання владою чи службовим становищем тощо).

У кримінальній справі щодо ОСОБА 2 і ОСОБА 3 за встановлених судом обставин визнано доведеним, що ОСОБА 2 і ОСОБА 3, проводячи перевірку отриманої оперативної інформації і виявивши у поясненнях ОСОБА 4 дані про наявність ознак злочинів проти власності в діях інших осіб і дані про цих осіб, керуючись корисливим мотивом і використовуючи своє службове становище всупереч інтересам служби, грубо порушили вимоги законів, нормативних актів і посадових інструкцій, що регулюють їх дії в зазначеній ситуації як службових осіб і працівників правоохоронного органу. Вони приховали від обліку отримані відомості, рапорти про це не склали, повідомлення ОСОБА 4 в установленому порядку не зареєстрували, інших заходів не вжили, внаслідок чого не проводилась необхідна перевірка і не було прийнято рішення відповідно до вимог Кримінально-процесуального кодексу України, чим завдано істотної шкоди охоронюваним законом державним і громадським інтересам у виді підриву авторитету держави в особі органів внутрішніх справ. Використовуючи пояснення ОСОБА 4, ОСОБА 2 і ОСОБА 3 без належної перевірки причетності останнього до злочинів, порушуючи його права та законні інтереси, під погрозою притягнення його до кримінальної відповідальності начебто за співучасть у злочинах, використовуючи своє службове становище всупереч інтересам служби, вимагали й отримали хабар.

Як убачається з ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 жовтня 2010 року у справі № 5-3377к10, якою, на думку заявника, суд касаційної інстанції правильно застосував кримінальний закон, висунуте щодо Особи 5 обвинувачення, за яким вона була засуджена, зводилося до такого. Особа 5, обіймаючи посаду старшого слідчого, здійснюючи функції представника влади і достовірно знаючи, що кримінальна справа, у якій Особа 7 проходила свідком, закрита, з метою одержання хабара не повідомила про це Особу 7 і вимагала від неї хабар за закриття кримінальної справи і видачу про це довідки, а в подальшому викликала Особу 7 до райвідділу міліції як свідка. Унаслідок цих дій Особа 7 змушена була у період із 24 листопада 2006 року по 31 січня 2007 року в кілька прийомів давати Особі 5 хабар у розмірі 2 тис. 238 грн. Отримавши останню частину обумовленого хабара, Особа 5 віддала Особі 7 довідку про закриття кримінальної справи. Ці дії Особи 5 були кваліфіковані судами першої і апеляційної інстанцій за сукупністю злочинів, передбачених частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України, як одержання службовою особою хабара, поєднане з його вимаганням, та частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу

України, як зловживання працівником правоохоронного органу з корисливих мотивів владою і службовим становищем, чим завдано істотної шкоди державним інтересам у виді дискредитації правоохоронних органів та підриву їх авторитету, а також охоронюваним законом правам та інтересам Особи 7 у вигляді заподіяння їй матеріальної шкоди.

Виходячи з того, що закриття кримінальної справи за фактом дорожньо-транспортної пригоди, учасником якої була Особа 7, було законним, а всі дії Особи 5 з використанням службового становища вчинялися після ухвалення рішення про закриття справи і були спрямовані на одержання хабара шляхом вимагання за вже вчинені законні дії, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі від 28 жовтня 2010 року дійшла висновку про те, що зазначені дії Особи 5 охоплювались диспозицією статті 368 Кримінального кодексу України, яка передбачає при одержанні хабара використання особою наданої їй влади чи службового становища, і додаткової кваліфікації за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України не потребували. Тому виключила із судових рішень щодо неї як зайву кваліфікацію її дій за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України.

Таким чином, на відміну від даних ухвали суду касаційної інстанції від 28 жовтня 2010 року щодо Особи 5, на яку посилався захисник, у матеріалах справи щодо ОСОБА 2 і ОСОБА 3 йдеться про вчинення ними з використанням службового становища всупереч інтересам служби самостійних незаконних дій, які самі по собі утворюють склад злочину, передбаченого частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України, і не охоплюються об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого частиною 2 статті 368 Кримінального кодексу України. Ці дії засуджених за встановлених судом обставин становлять реальну сукупність двох злочинів і кваліфікуються за частиною 2 статті 368 і частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України.

Отже, наведені у заявах захисника твердження про те, що суд касаційної інстанції в ухвалі від 15 травня 2012 року неправильно застосував норми кримінального закону, а також доводи про неоднакове застосування в ухвалах від 15 травня 2012 року і від 28 жовтня 2010 року одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

Захисник ОСОБА 1 у доповненні до заяви про перегляд справи щодо ОСОБА 2 і ОСОБА 3 послався ще на дві ухвали суду касаційної інстанції: від 29 січня і 23 грудня 2008 року. Але у заяві не наводив їх змісту, аргументів стосовно неоднакового застосування норм матеріального права та не долучав до заяви копій цих ухвал.

Копії зазначених ухвал, які містили інші висновки щодо застосування норм матеріального права, ніж викладені в ухвалі від 28 жовтня 2010 року, захисник ОСОБА 1 надав лише на стадії перегляду справи Верховним Судом України.

Відповідно до положень статей 400-15 – 400-18 Кримінально-процесуального кодексу України предмет перегляду справ Верховним Судом України становить неоднакове застосування одних і тих самих норм

матеріального закону в оспореному рішенні і в тих судових рішеннях касаційного суду, щодо яких в заяві наведено аргументи на підтвердження правильного правозастосування і копії яких додані до заяви, на підставі чого справа допущена Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ до провадження Верховного Суду України.

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 13 грудня 2011 року № 17-рп/2011 у справі № 1-9/2011 щодо відповідності Конституції України окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ при вирішенні питання про допуск кримінальної справи до провадження Верховного Суду України з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України, не оцінюючи обґрунтованість змісту заяви, зобов'язаний перевірити її відповідність вимогам процесуального закону та аргументацію заявника стосовно неоднакового застосування судами касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права, а також документи (ухвали суду), що підтверджують це і мають бути додані до заяви.

Зазначені фактичні і правові підстави дають можливість зробити висновок, що ухвали від 29 січня і 23 грудня 2008 року подані захисником ОСОБА 1 поза встановленою процесуальним законом процедурою, що унеможливлює використання правових висновків цих ухвал як приклади неоднакового правозастосування при перегляді справи Верховним Судом України.

У заяві захисник ОСОБА 1 також посилався на неправильне встановлення судами нижчих інстанцій фактичних обставин справи, на істотні порушення вимог кримінально-процесуального закону під час досудового слідства та судового розгляду справи та інші подібного змісту порушення, які призвели до незаконного засудження ОСОБА 2 і ОСОБА 3 та призначення їм надмірно суворого покарання.

Ці питання не входять до предмету перегляду справи Верховним Судом України, знаходяться поза його компетенцією як суду права, стосуються фактичних обставин справи, у зв'язку з чим не можуть бути підставами для втручання в оспорюване рішення суду касаційної інстанції.

Керуючись статтями 400-21, 400-23, 400-24 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника ОСОБА 1

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова
Верховного Суду України від 14 квітня 2014 року
у справі № 5-7кс14

(рішення про неправильний висновок суду щодо наявності в діях особи складу перевищення влади або службових повноважень)

Зміст вжитого в диспозиції частини першої статті 365 КК формулювання «перевищення влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень» дає підстави визнати, що ця службова особа або інша службова особа чи певний орган по суті має права чи наділена (наділений) повноваженнями вчиняти певні дії, але лише за наявності підстав і в порядку, визначених законом або підзаконним актом.

Повноваження, так само як і права, обов'язки, компетенція та функції службової особи, є складовими елементами її службового становища і визначають її правовий статус.

Перевищити певні повноваження особа може лише за умови, що такими повноваженнями вона фактично наділена, оскільки перевищення службовою особою, у тому числі й владних повноважень – це, насамперед, вчинення нею дій, які в кількісному розмірі, за обсягом, ступенем чи у певних межах перевищують ті, які особа має право (повноваження) вчинювати.

Видання обвинуваченою Директиви для делегації ІНФОРМАЦІЯ_3 на переговори з ІНФОРМАЦІЯ_5 щодо укладення контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки не може розцінюватись як перевищення влади та службових повноважень у формі вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, оскільки не може вважатися перевищенням влади та службових повноважень перебирання на себе повноважень колегіального органу, якими цей орган відповідно до закону не наділений.

(Витяг)

Печерський районний суд м. Києва вироком від 11 жовтня 2011 року засудив ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженку ІНФОРМАЦІЯ_2 мешканку ІНФОРМАЦІЯ_2, громадянку України, таку, що не має судимості, за частиною третьою статті 365 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк сім років з позбавленням права обіймати посади в органах державної влади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк три роки.

Постановлено стягнути з ОСОБА_1 на користь: ІНФОРМАЦІЯ_3 1 516 365 234 гривні 94 копійки на відшкодування матеріальної шкоди; держави 2 538 гривень, 4 512 гривень та 3 384 гривні судових витрат за проведення експертиз.

Суд визнав, що ОСОБА_1 як ІНФОРМАЦІЯ_4 18 січня 2009 року всупереч вимогам статей 19, 114, 117 Конституції України, статті 44 Закону

України від 16 травня 2008 року № 279-VI «Про Кабінет Міністрів України» (далі – Закон № 279-VI) в редакції, чинній станом на січень 2009 року, параграфів 6 та 46 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 року № 950, незважаючи на безпідставність та необґрунтованість вимог російської сторони на переговорах 17 січня 2009 року за її участю та участю керівництва Уряду Російської Федерації щодо підвищення вартості природного газу для України до ціни, яка буде визначатися за спеціальною формулою, у якій за базовий рівень братиметься ціна 450 доларів США за 1 тисячу кубічних метрів, із залишенням незмінною ставки транзиту, з метою створення собі позитивного іміджу ефективного керівника держави, діючи умисно, у приміщенні Кабінету Міністрів України підготувала та надала невстановленим слідством особам надрукувати розпорядчий документ – Директиви ІНФОРМАЦІЯ_4 (далі – Директиви) делегації ІНФОРМАЦІЯ_3 на переговори з ІНФОРМАЦІЯ_5 щодо укладення контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках і контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 року по 2019 рік, які передбачали головні завдання делегації.

Усвідомлюючи, що вона як ІНФОРМАЦІЯ_4 не має права втручатися в діяльність ІНФОРМАЦІЯ_3 та давати вказівки на укладення договорів у будь-якій формі, а також що умови контрактів є економічно невигідними та неприйнятними для України й призведуть до заподіяння збитків державі, особисто затвердила ці Директиви та скріпила печаткою Кабінету Міністрів України.

Розуміючи незаконність своїх дій та бажаючи покласти відповідальність за схвалення Директив на Кабінет Міністрів України, надала примірник Директив ІНФОРМАЦІЯ_6 для їх затвердження на засіданні Кабінету Міністрів України.

19 січня 2009 року члени Кабінету Міністрів України відмовились підтримати явно негативні для України Директиви, а тому проект розпорядження Кабінету Міністрів України «Питання зовнішньоекономічної діяльності ІНФОРМАЦІЯ_3, яким передбачалося затвердити Директиви, не був поставлений на голосування.

Того ж дня ОСОБА_1 приблизно о 17 годині, перебуваючи у будинку Уряду Російської Федерації у м. Москві, беручи участь у переговорах на чолі офіційної урядової делегації, достовірно знаючи, що Кабінет Міністрів України відмовився підтримати Директиви, діючи умисно, перевищила надані їй права та службові повноваження, дала вказівку голові правління ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_2 на підписання контрактів щодо купівлі-продажу природного газу та транзиту природного газу на умовах, запропонованих російською стороною, і вручила йому зазначені вище Директиви, повідомивши недостовірну інформацію про затвердження їх положень відповідним розпорядженням Кабінету Міністрів України.

Вважаючи, що Директиви, затверджені ІНФОРМАЦІЯ_4 ОСОБА_1, є обов'язковими до виконання, голова правління ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_2 підписав Контракт про поставку природного газу між ІНФОРМАЦІЯ_3 та

ІНФОРМАЦІЯ_5 від 19 січня 2009 року № КП, а його перший заступник ОСОБА_3 підписав Контракт про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 року по 2019 рік від 19 січня 2009 року № ТКГУ.

Підписання на підставі наведених вище Директив, затверджених ІНФОРМАЦІЯ_4 ОСОБА_1, та виконання зазначених контрактів від 19 січня 2009 року всупереч умовам Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про додаткові заходи щодо забезпечення транзиту російського природного газу по території України від 4 жовтня 2001 року, ратифікованої згідно із Законом України від 15 листопада 2001 року № 2797-III, за якими обсяги транзиту російського природного газу через територію України, а також розмір платежів у грошовій формі та обсяги поставок газу в рахунок оплати транзиту мають уточнюватися на основі щорічних міжурядових протоколів на відповідний рік, заподіяло тяжкі наслідки державі в особі ІНФОРМАЦІЯ_3 у виді збільшення витрат на придбання імпортованого природного газу для виробничо-технічних потреб в обсязі 3,639 мільярдів кубічних метрів на суму 1 516 365 234 гривні 94 копійки, необхідного для забезпечення нормальної діяльності газотранспортної системи, та заподіяння збитків на вказану суму.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 23 грудня 2011 року вирок місцевого суду залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах від 29 серпня 2012 року зазначені рішення судів нижчих інстанцій щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Рішенням Європейського суду з прав людини (далі – Суд) у справі «ОСОБА_1 проти України» від 30 квітня 2013 року, яке набуло статусу остаточного 30 липня 2013 року, констатовано, що були порушені положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція):

пункт 1 статті 5 Конвенції – постанова від 5 серпня 2011 року про зміну ОСОБА_1 запобіжного заходу з підписки про невиїзд на взяття під варту не містила строку такого тримання та належних підстав для цього. Відповідно до висунутих щодо неї причин взяття під варту Суд не побачив жодного ризику ухилення заявниці від правосуддя. Головною підставою для взяття заявниці під варту були її ймовірне перешкоджання встановленню істини у справі та зневажлива поведінка. Ці підстави не включені в список підстав, які могли би виправдати позбавлення свободи за підпунктом «с» пункту 1 статті 5 Конвенції. З огляду на те, що підстави, а отже, мета попереднього ув'язнення ОСОБА_1 залишалися незмінними до самого її засудження, Суд дійшов висновку, що позбавлення її свободи впродовж всього цього строку було свавільним та незаконним;

пункт 4 статті 5 Конвенції – ОСОБА_1 не було забезпечено належний судовий перегляд законності тримання її під вартою, а розгляд клопотань щодо зміни їй запобіжного заходу зводився до тверджень, що постанова від 5 серпня 2011 року не підлягає оскарженню, доводи ж на користь звільнення

були неодноразово відхилені без належного обґрунтування;

пункт 5 статті 5 Конвенції – ОСОБА_1 не мала права на відшкодування шкоди за незаконне тримання під вартою, оскільки законодавством України не передбачається процедури звернення до національного суду з вимогою відшкодування шкоди за позбавлення свободи, яке було визнане судом таким, що порушує той чи інший пункт статті 5 Конвенції;

стаття 18 у поєднанні зі статтею 5 Конвенції – позбавлення заявниці свободи, що дозволяється підпунктом «с» пункту 1 статті 5 Конвенції, було застосовано не з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення, а з інших причин. Справжньою метою обрання цього заходу було покарання заявниці за неповагу до суду, яку, як стверджувалось, вона демонструвала своєю поведінкою впродовж провадження.

У заяві про перегляд справи Верховним Судом України ОСОБА_1, посилаючись на рішення Суду, просить скасувати вирок Печерського районного суду м. Києва від 11 жовтня 2011 року і постановити рішення про закриття кримінальної справи на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Своє прохання мотивує тим, що Суд, встановивши порушення пунктів 1, 4 та 5 статті 5, статті 18 у поєднанні зі статтею 5 Конвенції, визнав тримання її під вартою протягом всього періоду провадження у справі свавільним та незаконним. Зазначає, що Суд встановив порушення положень Конвенції не лише під час вирішення судом питання про обрання заявниці запобіжного заходу у виді взяття під варту, а також дав об'єктивну правову оцінку діям та рішенням держави в особі прокуратури та суду в цілому, які ними вживались та приймались протягом усього судового розгляду.

На її думку, саме визнання Судом того факту, що суддя Печерського районного суду м. Києва систематично діяв незаконно та свавільно, свідчить про те, що останній був упередженим, а тому постановив щодо неї незаконний та необ'єктивний вирок.

Крім того, проаналізувавши зібрані у справі докази, ОСОБА_1 наполягає на тому, що судом у її діях не встановлено жодного елементу складу злочину, передбаченого статтею 365 КК. Вона вказує, що підписані нею Директиви не підлягали затвердженню Кабінетом Міністрів України. Підписуючи документ під назвою «Директиви делегації ІНФОРМАЦІЯ_3 на переговори з ІНФОРМАЦІЯ_5 щодо укладання контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 рік» від 19 січня 2009 року, вона не вчинила жодної із дій, яка утворювала б об'єктивну сторону зазначеного вище складу злочину.

Верховний Суд України заслухав суддю-доповідача, пояснення ОСОБА_1, яка змінила вимоги своєї заяви та просила скасувати судові рішення, а справу закрити на підставі пункту 1 частини першої статті 6 КПК 1960 року за відсутністю події злочину, захисників Власенка С.В., Плахотнюка О.Г. і

Тимошенко Є.О., які підтримали вимоги підзахисної, прокурора, яка вважала, що вимоги заявниці слід задовольнити, дослідив обставини справи та матеріали, додані до заяви, обговорив доводи заяви й дійшов висновку про таке.

Відповідно до пункту 2 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року судові рішення, що набрали законної сили, можуть бути переглянуті Верховним Судом України з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Україна взяла на себе зобов'язання гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі І Конвенції (стаття 1 Конвенції).

Згідно з положеннями статті 5 Конвенції нікого не може бути позбавлено свободи, крім установлених цією статтею Конвенції випадків і відповідно до процедури, встановленої законом, зокрема: законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення.

У статті 18 Конвенції зазначено, що обмеження, дозволені згідно з цією Конвенцією щодо прав і свобод, не застосовуються для інших цілей ніж ті, для яких вони встановлені.

За змістом статті 46 Конвенції держава Україна зобов'язана виконувати остаточні рішення Суду в будь-якій справі, у якій вона є стороною.

Відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Суду проти України, регулює Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

На підставі глави 3 цього Закону констатоване Судом порушення Конвенції може бути виконано шляхом виплати грошової компенсації, вжиття індивідуальних та/або загальних заходів. Відповідно до статті 10 зазначеного Закону додатковими заходами індивідуального характеру є: а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції; б) інші заходи, передбачені у Рішенні.

Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокрема, шляхом: а) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі; б) повторного розгляду справи адміністративним органом.

Заявниця ОСОБА_1 просить переглянути її справу саме з підстав встановлення Європейським судом з прав людини порушень Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи щодо неї судом. Виходячи із встановлених порушень, вона вважає, що її справу розглянуто не безстороннім судом.

Визнання Судом порушення Україною пункту 1 статті 5 Конвенції, статті 18 у поєднанні зі статтею 5 Конвенції свідчить про те, що сумніви заявниці щодо упередженості Печерського районного суду м. Києва можна вважати

об’єктивно виправданими. Отже, є обґрунтовані підстави вважати, що суд, який постановив вирок у справі, не був безстороннім за об’єктивним критерієм.

Із матеріалів справи видно, що 5 серпня 2011 року суддя Печерського районного суду м. Києва виніс постанову про взяття ОСОБА_1 під варту на підставі статті 148 КПК 1960 року. Під час подальшого судового провадження заявниця та її захисник неодноразово подавали клопотання про зміну їй запобіжного заходу, але суддя відхилив усі клопотання про звільнення заявниці, посилаючись на обґрунтування, наведене в зазначеній постанові. 11 жовтня 2011 року той самий суддя Печерського районного суду м. Києва постановив обвинувальний вирок щодо ОСОБА_1.

Верховний Суд України вважає, що постановлені у кримінальній справі щодо ОСОБА_1 рішення про взяття її під варту знаходяться в органічному зв’язку з остаточним рішенням – обвинувальним вироком. Тому виявлені Судом порушення кримінального процесуального закону, допущені Печерським районним судом м. Києва під час вирішення питань взяття під варту, істотно вплинули на остаточне рішення. Відновлення порушених прав ОСОБА_1 можливе лише шляхом скасування судових рішень щодо неї.

ОСОБА_1 визнано винуватою у перевищенні влади та службових повноважень, яке спричинило тяжкі наслідки (частина третя статті 365 КК).

Зміст вжитого в диспозиції частини першої статті 365 КК формулювання «перевищення влади або службових повноважень, тобто умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень» дає підстави визнати, що ця службова особа або інша службова особа чи певний орган по суті має права чи наділена повноваженнями вчиняти певні дії, але лише за наявності підстав і в порядку, визначених законом або підзаконним актом.

Повноваження, так само як і права, обов’язки, компетенція та функції службової особи, є складовими елементами її службового становища і визначають її правовий статус.

Перевищити певні повноваження особа може лише за умови, що такими повноваженнями вона фактично наділена, оскільки перевищення службовою особою, у тому числі й владних повноважень – це, насамперед, вчинення нею дій, які в кількісному розмірі, обсязі, ступені чи межах перевищують ті, які особа має право (повноваження) вчинювати.

Визнаючи ОСОБА_1 винуватою у злочині, передбаченому частиною третьою статті 365 КК, суд першої інстанції виходив із того, що вона як ІНФОРМАЦІЯ_4 одноособово затвердила Директиви для ІНФОРМАЦІЯ_3 на ведення переговорів, укладення контрактів купівлі-продажу газу з ІНФОРМАЦІЯ_5, а також щодо умов таких контрактів, тоді як такі Директиви, на думку судів першої та апеляційної інстанцій (з якими погодився касаційний суд), мали бути затверджені розпорядженням Кабінету Міністрів України. Тобто ОСОБА_1 учинила дії, які могли бути вчинені лише колегіально.

Проте, відповідно до Закону № 279-VI, у редакції, чинній станом на січень 2009 року, Кабінет Міністрів України не наділений повноваженнями затверджувати директиви суб’єктам господарської діяльності на ведення

переговорів та укладення контрактів із суб'єктами господарської діяльності інших держав.

Згідно з абзацом 2 пункту 4 частини першої статті 20 Закону № 279-VI до повноважень Кабінету Міністрів України у сфері зовнішньої політики відносились забезпечення вирішення питань щодо укладення та виконання міжнародних договорів України відповідно до Закону України від 29 червня 2004 року № 1906-IV «Про міжнародні договори України». Відповідно до статті 2 цього Закону міжнародний договір України – це укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо).

Договори купівлі-продажу газу між ІНФОРМАЦІЯ_3 і ІНФОРМАЦІЯ_5 не є міжнародними договорами України, вони є зовнішньоекономічними договорами, що укладаються суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, для підписання яких не потрібен дозвіл будь-якого органу державної влади, управління або вищестоящої організації, за винятком випадків, передбачених законами України (частина третя статті 6 Закону України від 16 квітня 1991 року № 959-XII «Про зовнішньоекономічну діяльність», у редакції, чинній станом на січень 2009 року).

Згідно зі Статутом ІНФОРМАЦІЯ_3, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998 року № 747, у редакції, чинній станом на січень 2009 року, у своїй діяльності ця Компанія керується Конституцією і законами України, актами Президента України, Кабінету Міністрів України і Міністерства палива та енергетики України та Статутом, діє за принципом повної господарської самостійності і самоокупності.

Повноваження з управління корпоративними правами держави щодо ІНФОРМАЦІЯ_3 постановою Кабінету Міністрів України від 15 грудня 2005 року № 1205 передані Міністерству палива та енергетики України.

Відповідно до Закону № 279-VI та пункту 2 параграфу 9 Регламенту Кабінету Міністрів України, у редакції, чинній станом на січень 2009 року, ІНФОРМАЦІЯ_4 з метою координації діяльності членів Кабінету Міністрів України був наділений правом давати доручення (директиви) членам Кабінету Міністрів України, у тому числі й Міністру Мінпаливенерго, яке постановою Кабінету Міністрів України від 15 грудня 2005 року № 1205 наділено лише повноваженнями з управління корпоративними правами держави, як акціонер, стосовно ІНФОРМАЦІЯ_3

Тому видання ОСОБА_1 Директиви для делегації ІНФОРМАЦІЯ_3 на переговори з ІНФОРМАЦІЯ_5 щодо укладення контракту купівлі-продажу природного газу в 2009-2019 роках та контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 роки не може розцінюватись як перевищення влади та службових повноважень у формі вчинення одноособово дій, які можуть бути вчинені лише колегіально, оскільки не може вважатися перевищенням влади та службових повноважень перебирання на себе повноважень колегіального органу, якими цей орган

відповідно до закону не наділений.

Закон визначає злочин як передбачене Кримінальним кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (частина перша статті 11 КК).

Подією кримінального правопорушення (злочину) в кримінально-правовому розумінні є вчинення особою діяння, яке містить ознаки кримінального правопорушення (злочину).

Згідно з пунктом 1 частини першої статті 6 КПК 1960 року кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю у разі відсутності події злочину.

Виходячи з положень норм закону та наведеного вище, Верховний Суд України дійшов висновку про відсутність у даній кримінальній справі події злочину, передбаченого статтею 365 КК.

Аналіз положень КПК 1960 року і статей 400-12, 400-22 цього Кодексу дає підстави дійти висновку, що Верховний Суд України у разі задоволення заяви про перегляд судових рішень, які переглядаються з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року, своїм новим рішенням може закрити справу за наявності підстав, передбачених статтею 6 КПК 1960 року, зокрема за відсутністю події злочину.

Оскільки завданням судочинства є забезпечення кожному права на справедливий суд та здійснення правосуддя на засадах верховенства права (стаття 2 Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів»), то з огляду на встановлення відсутності події злочину судові рішення щодо ОСОБА_1 підлягають скасуванню як незаконні, а кримінальна справа – закриттю на підставі пункту 1 частини першої статті 6 КПК 1960 року.

Верховний Суд України вважає можливим прийняття остаточного рішення у справі без направлення її на новий розгляд до суду, який виніс оскаржуване рішення.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400-12, 400-20, 400-21 і 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Верховний Суд України

постановив:

заяву ОСОБА_1 задовольнити.

Вирок Печерського районного суду м. Києва від 11 жовтня 2011 року, ухвалу колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду м. Києва від 23 грудня 2011 року та ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 серпня 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а кримінальну справу щодо неї за частиною третьою статті 365 КК закрити на підставі пункту 1 частини першої статті 6 КПК 1960 року за відсутністю події злочину.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-10кс13

(рішення про правильне визначення судом критеріїв (ознак) визнання офіційними окремих документів, а також способів підроблення, які пов'язані зі зловживанням довірою іншої службової особи)

Враховуючи нормативне визначення службового підроблення, офіційними документами визнаються ті з них, що складаються і видаються службовими особами від імені органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій, незалежно від будь-якої форми власності, які посвідчують певні факти і події, що мають правове значення. Ці документи мають бути належним чином складені за формою та містити необхідні реквізити.

Підроблення офіційних документів може полягати у повній фальсифікації або в частковій зміні змісту справжнього документа; способи підроблення документів можуть бути різними.

Заповнення службовою особою частини бланку документа із наступним наданням достовірності цим даним шляхом зловживання довірою особи, якій надано право підписувати такий документ і завіряти печаткою, є одним із способів підроблення офіційних документів.

(Витяг)

Вироком Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 21 березня 2011 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 366 Кримінального кодексу України (далі – КК) до штрафу в сумі 850 грн із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на один рік.

На підставі частини п'ятої статті 74 КК ОСОБА_1.1 звільнено від призначеного покарання у зв'язку із закінченням строків давності.

Апеляційний суд Хмельницької області ухвалою від 2 квітня 2012 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1.1 змінив. Виключив із нього вказівку про визнання ОСОБА_1.1 винним у складанні завідомо неправдивого документа - акта екзаменаційної комісії від ІНФОРМАЦІЯ_2. Постановлено вважати ОСОБА_1.1 винним у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 366 КК (у редакції 2001 року), зокрема у службовому підробленні, тобто внесенні до офіційного документа завідомо неправдивих відомостей. Застосовано до ОСОБА_1.1 частину першу статті 49, частину п'яту статті 74 КК та звільнено від покарання за частиною першою статті 366 КК (у редакції 2001 року) у зв'язку із закінченням строків давності. У решті вирок залишено без зміни.

ОСОБА_1.1 визнано винним у тому, що він, обіймаючи посаду заступника директора ІНФОРМАЦІЯ_3, усупереч вимогам розділу 2 Посадової інструкції та пунктів 23, 25 і 29 Положення про порядок підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації водіїв транспортних засобів, затвердженого наказом

Міністерства освіти України від 25 січня 1994 року, діючи умисно, 25 червня 2007 року в інтересах ОСОБА_2, який був зарахований на навчання до школи, підробив офіційний документ - вніс у свідоцтво серії ІНФОРМАЦІЯ_4 неправдиві відомості про закінчення ОСОБА_2 навчання в школі, що надавало останньому отримати допуск до складання іспитів на право керування транспортним засобом у реєстраційно-екзаменаційних підрозділах Державної автомобільної інспекції.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 8 листопада 2012 року судові рішення залишила без зміни.

У заяві про перегляд Верховним Судом України ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 листопада 2012 року з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, та доповненні до неї засуджений ОСОБА_1.1 посилається на те, що службового підроблення він не вчиняв. Він вважає, що бланк свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів не можна вважати офіційним документом, оскільки на момент інкримінованих йому діянь цей документ не містив відповідних реквізитів, а саме - підписів уповноважених на його складання й видачу осіб та печатки установи, яка це свідоцтво видає. Просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 листопада 2012 року, а справу щодо нього направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

На обґрунтування заяви засуджений ОСОБА_1.1 надав копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2009 року, якою вирок Білозерського районного суду Херсонської області від 27 червня 2008 року та ухвалу апеляційного суду Херсонської області від 7 жовтня 2008 року щодо ОСОБА_1 скасовано, а справу закрито на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК) за відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого частиною першою статті 366 КК. Суд касаційної інстанції своє рішення мотивував тим, що акт приймання-передачі обсягу виконаних робіт із упорядкування земельної ділянки не є офіційним документом, оскільки його складено у довільній формі, він не містить печаток і штампу, посвідчені в ньому факти не породжували наслідків правового характеру.

Для порівняння заявник послався також на справу щодо ОСОБА_5, засудженого вироком Київського районного суду м. Харкова від 5 квітня 2012 року за частиною третьою статті 27 і частиною першою статті 366, частиною першою статті 423 КК. Апеляційний суд Харківської області ухвалою від 26 червня 2012 року цей вирок скасував, а справу закрив на підставі пункту 2 частини першої статті 6 КПК. Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і

кримінальних справ ухвалою від 1 листопада 2012 року залишила без зміни ухвалу апеляційного суду, а касаційну скаргу прокурора - без задоволення. Касаційний суд, погодившись з рішенням суду апеляційної інстанції, зазначив, що заява про звільнення за власним бажанням, за підроблення якої шляхом внесення до неї дописки про дату її складання, а також подання було засуджено ОСОБУ_5, не містить необхідних юридичних ознак та реквізитів, притаманних офіційним документам.

Як приклад неоднакового застосування норми кримінального закону заявник надав ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 липня 2010 року щодо ОСОБА_4 та від 23 березня 2010 року щодо ОСОБА_5.1, в яких суд касаційної інстанції зазначив, що офіційним документом є документ, який складено належним чином за формою та який містить необхідні реквізити, а зафіксована у ньому інформація здатна породити чи породжує певні правові наслідки.

Заявник також вважає помилковим посилання суду касаційної інстанції на те, що складання і видача завідомо неправдивого документа є самостійними кваліфікуючими ознаками службового підроблення, оскільки, на його думку, воно суперечить змісту диспозиції статті 366 КК у редакції, чинній на час вчинення інкримінованого йому злочину.

На обґрунтування заяви заявник також послався на копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 лютого 2009 року щодо ОСОБА_1.2, в якій касаційний суд зазначив, що само по собі складання службовою особою завідомо неправдивих документів без їх видачі чи видача службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, складених іншою службовою особою, складу злочину, передбаченого статтею 366 КК, не утворює.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали справи та обговоривши доводи, зазначені у заяві, дійшла висновку про таке.

Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою ОСОБА_1.1 допущена до провадження Верховного Суду України відповідно до порядку, визначеному главою 32-1 КПК, і розглядається за наявності підстави, передбаченою пунктом 1 статті 400-12 цього Кодексу.

Предметом перегляду цієї справи є неоднакова правова оцінка судами касаційної інстанції критеріїв (ознак) визнання офіційними окремих документів, зокрема й свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів, а також способів підроблення, які пов’язані зі зловживанням довірою іншої посадової особи.

Враховуючи нормативне визначення службового підроблення, офіційними документами визнаються ті з них, що складаються і видаються службовими особами від імені органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об’єднань громадян, підприємств, установ та організацій, незалежно від будь-якої форми власності, які посвідчують певні факти і події, що мають правове значення. Ці документи мають бути належним чином складені за формою та

містити необхідні реквізити.

Підроблення офіційних документів може полягати у повній фальсифікації або в частковій зміні змісту справжнього документа; способи підроблення документів можуть бути різні.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення касаційного суду, встановлено, що свідоцтво про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів за формою, змістом передбачено відомчим нормативним документом органу центральної влади. Цей документ містить певну інформацію, потребує дотримання форми і відображення певних реквізитів. Це свідоцтво завіряється підписом директора школи та скріплюється печаткою навчального закладу.

Наявність зазначеного документа є умовою, за якої особа, яка ним володіє, допускається до складання іспитів на право керування транспортним засобом у реєстраційно-екзаменаційних підрозділах Державної екзаменаційної інспекції, а працівники цих підрозділів не повинні ставити під сумнів, що володілець цього свідоцтва пройшов відповідний курс навчання.

Сукупність зазначених ознак дає підстави вважати, що свідоцтво про закінчення навчального закладу є офіційним документом, який посвідчує факт закінчення навчання водіїв у школі й тягне певні правові наслідки.

Із фактичних обставин, установлених судами, вбачається, що ОСОБА_1.1 власноручно заповнив усі необхідні реквізити бланку свідоцтва про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів, які він міг заповнити з використанням своїх посадових повноважень, а потім із використанням довірливого ставлення до себе директора підписав у нього це свідоцтво та завірив печаткою.

Після того, як документ набув офіційного виду, ОСОБА_1.1 залишив його на зберігання на своєму робочому місці.

Отже, заповнення службовою особою частини бланку документа із наступним наданням достовірності цим даним шляхом зловживання довірою особи, якій надано право підписувати такий документ і завіряти печаткою, є одним із способів підроблення офіційних документів.

У рішеннях, які надані для порівняння, попри те, що зовнішній прояв окремих діянь подібний до фактичних обставин, інкримінованих ОСОБА_1.1, вони не містять тих обов'язкових ознак, які вказують на наявність складу цього злочину.

Оскільки фактичні обставини діяння ОСОБА_1.1 та їх кримінально-правова оцінка не викликали неоднакового застосування однієї й тієї норми кримінального закону про кримінальну відповідальність, підстав для втручання в оспорене рішення касаційного суду немає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI „Перехідні положення" Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-21, 400-23 КПК України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви ОСОБА_1.1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду

України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 листопада 2012 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 КПК України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 липня 2015 року у справі № 5-50кс15

(рішення про правильне встановлення судом ознак офіційного документа як предмета злочину, передбаченого ст. 366 КК)

Під час встановлення ознак офіційного документа як предмета злочину слід керуватися такими критеріями: документ має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її професійної чи службової компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами; зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер – підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричиняти чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та/або обов'язків. Невідповідність документа хоча б одному з наведених критеріїв перешкоджає визнанню його офіційним.

(Витяг)

Вироком Снігурівського районного суду Миколаївської області від 14 травня 2013 року ОСОБА_1**,** ІНФОРМАЦІЯ_1, громадянку України, не судиму, засуджено за частиною 1 статті 366 Кримінального кодексу України (далі – КК) до обмеження волі на строк один рік із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, на строк один рік.

За частиною 2 статті 364 КК ОСОБА_1 виправдано за відсутністю в її діях складу злочину.

Покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, на строк один рік постановлено виконувати самостійно.

Стягнуто з ОСОБА_1 судові витрати в сумі 20 405 грн 34 коп.

Відмовлено у задоволенні цивільного позову прокурора ІНФОРМАЦІЯ_2 Миколаївської області в інтересах держави в особі управління Пенсійного фонду України в ІНФОРМАЦІЯ_3 Миколаївської області.

Цим вироком було засуджено також ОСОБА_2 за частиною 5 статті 27, частиною 1 статті 366 КК до покарання у виді штрафу в розмірі 850 грн.

Апеляційний суд Миколаївської області ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах від 29 квітня 2014 року вирок щодо ОСОБА_2 скасував та звільнив її від кримінальної відповідальності на підставі статті 49 КК – у зв'язку із закінченням строку давності, кримінальну справу закрив.

Вирок щодо ОСОБА_1 змінив: на підставі пункту 5 статті 74 КК звільнив засуджену від основного і додаткового покарання за частиною 1 статті 366 КК у зв'язку із закінченням строку давності. У решті вирок залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах від 22 січня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

ОСОБА_1 визнано винуватою у вчиненні службового підроблення, яке полягало у внесенні до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, складанні і видачі нею як службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, за пособництва ОСОБА_2, справу щодо якої закрито у зв'язку із закінченням строку давності.

Згідно з вироком, ОСОБА_1 з жовтня 2003 року обіймала посаду завідувача поліклінічним відділенням ІНФОРМАЦІЯ_3 (далі – ЦРЛ), у період з 2 січня 2004 року по 4 січня 2006 року була головою лікарсько-консультативної комісії (далі – ЛКК), з 4 січня 2006 року – членом ЛКК, а також виконувала обов'язки лікаря-терапевта. У період часу з листопада 2004 року до грудня 2010 року, будучи службовою особою, порушила вимоги Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів (далі – КМ) України від 22.02.1992 № 83, Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого постановою КМ України від 03.12.2009 № 1317, наказу Міністерства охорони здоров'я (далі – МОЗ) України від 07.04.2004 № 183 «Про затвердження Інструкції про встановлення груп інвалідності» зі змінами і доповненнями, внесеними згідно з наказом МОЗ України від 23.11.2004 № 565, наказу МОЗ України від 13.11.2001 № 455 «Про затвердження Інструкції про порядок видачі документів, що засвідчують тимчасову непрацездатність громадян». А саме, достовірно знаючи про порядок оформлення медичної документації при направленні хворих на медико-соціально-експертну комісію (далі – МСЕК), як особисто, так і за пособництва ОСОБА_2 та за участі інших осіб, яким не повідомляла про свої злочинні наміри, у вказаний період часу в службових кабінетах поліклініки ІНФОРМАЦІЯ_4 ЦРЛ складала завідомо неправдиві офіційні медичні документи – виписки з медичної карти амбулаторного, (стаціонарного) хворого, які видавала для МСЕК з метою підтвердження факту лікування особи під контролем лікаря у певний період в умовах стаціонару медичного закладу. Одночасно ці завідомо неправдиві відомості ОСОБА_1 вносила до направлень на МСЕК і вони слугували підтвердженням наявності у відповідної особи (загалом 65 осіб) стійкого захворювання, яке залишалося таким, незважаючи на проведення цій особі всіх необхідних медичних заходів для відновлення здоров'я. Ці дані ОСОБА_1 підтверджувала результатами обстежень, які насправді не проводились, від імені інших лікарів, що за її вказівкою вносили підпорядковані їй медичні сестри. Ці медичні документи ОСОБА_1 передала особам, на ім'я яких вони складені, а вони надали їх до Миколаївського обласного центру МСЕК і на підставі яких МСЕК було прийнято рішення про встановлення цим особам групи інвалідності. За зверненнями цих осіб управлінням Пенсійного фонду України у ІНФОРМАЦІЯ_3 Миколаївської

області їм призначено та виплачено пенсію по інвалідності.

У заяві про перегляд судового рішення засуджена ОСОБА_1, посилаючись на пункт 1 частини 1 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) в первинній редакції, просить скасувати рішення суду касаційної інстанції в її справі у зв'язку з неоднаковим застосуванням однієї і тієї самої норми закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь та ухвалити нове судове рішення про закриття кримінальної справи щодо неї за відсутністю складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 366 КК. Заявниця стверджує, що касаційний суд, унаслідок неналежного розгляду її касаційної скарги, помилково визнав офіційними документами виписки з медичних карт і направлення на МСЕК, які не спричиняють і не здатні спричинити будь-яких наслідків правового характеру, хоча складені належним чином і містять необхідні реквізити, оскільки слугують для реалізації права хворого лише на звернення до МСЕК, яка самостійно приймає рішення про встановлення або невстановлення інвалідності, та довідка якої дає інваліду право звернутися до Пенсійного фонду України для призначення пенсії. Також ОСОБА_1 заперечує свою винуватість у підробленні вказаних документів та скаржиться на неповноту слідства і порушення вимог процесуального закону під час розгляду справи.

На підтвердження своєї позиції заявниця посилається на висновки суду касаційної інстанції в інших справах, де касаційний суд у подібних, на її думку, обставинах інакше застосував норму матеріального права, що потягло скасування судових рішень і закриття справ за відсутністю в діях осіб складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 366 КК. Так, в ухвалі від 23 грудня 2010 року, переглядаючи судові рішення щодо посадової особи державного податкового органу, обвинуваченої у внесенні завідомо неправдивих відомостей до актів про результати перевірки дотримання вимог податкового законодавства та до протоколів про адміністративне правопорушення, колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ дійшла висновку про відсутність складу злочину у зв'язку з тим, що допущені при складанні цих офіційних документів порушення не вплинули на зміст посвідчених ними фактів, що мають юридичне значення. А в ухвалі від 9 квітня 2009 року колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку про відсутність складу злочину в діях голови сільської ради, яка внесла до акту приймання-передачі обсягу виконаних робіт завідомо неправдиві відомості щодо часу виконання цих робіт і дати складення акту, у зв'язку з тим, що факти, які підтверджував цей акт, не спричиняли наслідків правового характеру, а отже його не можна вважати офіційним документом.

Провадження у справі ОСОБА_1 відкрито ухвалою судді Верховного Суду України 2 червня 2015 року на підставі положень статті 451 КПК (в редакції Закону № 192-VIII від 12.02.2015).

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, міркування прокурора, який вважав, що підстав для задоволення заяви немає, дослідила матеріали кримінальної справи та

наукові висновки щодо відповідної норми права, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

1. Справа ОСОБА_1 розглядається на підставі, передбаченій пунктом 1 частини 1 статті 445 КПК (в редакції Закону № 192-VIII від 12.02.2015). Предметом перегляду є питання про застосування судом касаційної інстанції норми права, передбаченої статтею 366 КК, в аспекті визначення ознак офіційного документа як предмета цього злочину.

2. Згідно з частиною 5 статті 453 КПК, Верховний Суд України переглядає судові рішення у межах поданої заяви. Положення глави 33 КПК обмежують Суд також встановленими у справі фактичними обставинами, які викладено в судових рішеннях, що набрали законної сили.

3. Верховний Суд України раніше висловлював свою правову позицію щодо ознак предмета службового підроблення (справа № 5-10кс13), яка зводиться до того, що нормативне визначення службового підроблення визнає офіційними документами ті з них, що складаються і видаються службовими особами від імені органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій, незалежно від форми власності, які посвідчують певні факти і події, що мають правове значення. Ці документи мають бути належним чином складені за формою та містити необхідні реквізити. Підроблення офіційних документів може полягати у повній фальсифікації або в частковій зміні змісту справжнього документа; способи підроблення документів можуть бути різні.

4. Суд у справі ОСОБА_1 встановив, що заявниця протягом тривалого часу складала завідомо неправдиві виписки з медичної карти амбулаторного (стаціонарного) хворого (форма № 027/о), видавала їх для проходження особами медико-соціальної експертизи та вносила неправдиві відомості до направлень на МСЕК (форма № 088/о).

5. Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII «Про інформацію» визначає документ як матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі, а інформацію – як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (стаття 1 цього Закону). Цивільний процесуальний кодекс України 2004 року до фактів, що мають юридичне значення, відносить ті з них, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб (стаття 256 Кодексу). Примітка до статті 358 КК, яка законодавчо визначила ознаки предмета злочинів, передбачених статтями 357, 358, 366 КК, під офіційним документом розуміє документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи-докази у правозастосовній діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому числі самозайнятими

особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм і містять передбачені законом реквізити.

6. Виписку з медичної карти амбулаторного (стаціонарного) хворого (форма № 027/о) та направлення на МСЕК (форма № 088/о) наказом МОЗ України від 29.12.2000 № 369 віднесено до переліку медичної облікової документації, що використовується в стаціонарах та поліклініках (амбулаторіях). Законодавчі вимоги до змісту та форми цих документів конкретизовано наказом МОЗ України від 14.02.2012 № 110 «Про затвердження форм первинної облікової документації та Інструкцій щодо їх заповнення, що використовуються у закладах охорони здоров’я незалежно від форми власності та підпорядкування».

Зокрема, форма № 027/о заповнюється та підписується лікарем, тобто складається повноважною особою юридичної особи, при направленні хворого на консультацію в інші заклади охорони здоров’я, на стаціонарне лікування та при виписці зі стаціонару або у випадку смерті хворого. Вона призначена для взаємообміну інформацією закладів охорони здоров’я щодо діагнозу, перебігу захворювання, стану хворого при направленні (виписці), проведенні досліджень, консультацій в інших закладах охорони здоров’я, щодо лікування, диспансерного спостереження та інших рекомендацій хворому.

Форма № 088/о заповнюється лікуючим лікарем, підписується головою і членами лікарсько-консультаційної комісії (ЛКК) та засвідчує підстави для направлення на МСЕК (зокрема, наявність ознак інвалідності), відомості про історію розвитку захворювання, про тимчасову втрату працездатності за останні 12 місяців, про професію та умови праці, а також стан хворого на час направлення на МСЕК, його діагноз і дані медичних досліджень.

Згідно з чинним Положенням про медико-соціальну експертизу, затвердженим постановою КМ України від 03.12.2009 № 1317 (зміст якого в цій частині збігається з попереднім Положенням про медико-соціальну експертизу, затвердженим постановою КМ України від 22.02.1992 № 83), медико-соціальна експертиза проводиться особам, що звертаються для встановлення інвалідності, за направленням лікувально-профілактичного закладу охорони здоров'я після проведення діагностичних, лікувальних і реабілітаційних заходів за наявності відомостей, що підтверджують стійке порушення функцій організму, обумовлених захворюваннями, наслідками травм чи вродженими вадами, які спричиняють обмеження життєдіяльності. Тобто, направлення на МСЕК за формою № 088/о є підставою для проведення експертизи, а інформація, що міститься у виписці з медичної карти за формою № 027/о, є однією з підстав для прийняття експертного рішення.

Отже, інформація, що міститься в обох документах, посвідчує факти, що здатні спричинити наслідки правового характеру, а саме — можливість реалізації особою її прав у сфері охорони здоров'я та соціального забезпечення, а тому висновок суду касаційної інстанції у справі ОСОБА_1 про те, що виписки з медичних карт і направлення на МСЕК є офіційними документами, є

правильним.

7. Наведені для порівняння висновки, викладені в ухвалі від 9 квітня 2009 року, касаційний суд зробив за інших юридично значущих обставин, адже акт приймання-передачі обсягу виконаних робіт, неправдивими в якому були лише відомості щодо часу їх виконання і дати складення акту, не тільки підтверджував дійсний факт виконання робіт із благоустрою сміттєзвалища як благодійної допомоги громаді села, що не спричинив наслідків правового характеру, але й був складений у довільній формі та не мав реквізитів, притаманних офіційним документам.

Посилання ж заявниці на ухвалу суду касаційної інстанції від 23 грудня 2010 року не демонструє певної точки зору щодо визначення предмета службового підроблення, оскільки в цьому випадку касаційний суд, закриваючи справу за відсутністю складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 366 КК, не заперечував належність до офіційних документів актів про результати перевірки дотримання вимог податкового законодавства та протоколів про адміністративне правопорушення.

Відтак, підстава для перегляду справи ОСОБА_1, що вказана в заяві засудженої, не підтвердилася.

8. Згідно зі статтею 456 КПК, якщо обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердилися або норму права застосовано правильно, Верховний Суд України відмовляє в задоволенні заяви. У постанові, прийнятій за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з підстав, передбачених пунктами 1 і 2 частини 1 статті 445 цього Кодексу, має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, що була неоднаково застосована.

При встановленні ознак офіційного документа як предмета злочину слід керуватися такими критеріями: документ має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її професійної чи службової компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами; зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер – підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричиняти чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та/або обов’язків. Невідповідність документа хоча б одному з наведених критеріїв перешкоджає визнанню його офіційним.

Керуючись статтями 453, 454, 456 КПК (в редакції Закону № 192-VIII від 12.02.2015), Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити в задоволенні заяви ОСОБА_1.

Постанова є остаточною і може бути оскаржена тільки з підстави, передбаченої пунктом 4 частини 1 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України
від 30 травня 2013 року у справі № 5-17кс13

(рішення щодо правильності визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 366 КК України, службової особи юридичної особи приватного права)

Діяння, передбачене статтею 366 КК, за родовим об'єктом належить до злочинів у сфері службової діяльності, для деяких із них у примітці статті 364 КК міститься визначення поняття «службова особа» і наводиться їх перелік, на які поширюється це визначення. Службове підроблення не входить до цього переліку.

За нормативним визначенням, суб'єктом злочину, передбаченого статтею 366 КК, є службова особа. У Загальній частині КК сформульовано визначення службової особи, яке має загальний характер, тобто стосується усіх статей Особливої частини КК, за винятком тих, для яких закон про кримінальну відповідальність передбачає окреме визначення (статті 364, 365, 368, 368^2 , 369 КК). Це визначення наведене у частині третій статті 18 КК, згідно з якою службовими особами є особи, які, з-поміж іншого, обіймають на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій.

Таке визначення службової особи стосується усіх організаційно-правових утворень незалежно від форм власності. Із цього випливає, що для вжитого в конкретній статті Особливої частини КК поняття «службова особа», щодо якого немає окремого визначення, використовується те, яке міститься у загальній нормі (частина третя статті 18 КК). Це визначення однаковою мірою стосується поняття «службова особа», яке застосоване у нормах статті 366 КК.

(Витяг)

Вироком Криворізького районного суду Дніпропетровської області від 27 жовтня 2011 року ОСОБА_19, ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженця м. Кривого Рогу Дніпропетровської області, такого, що не має судимості, засуджено за: частиною другою статті 366 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки; частиною другою статті 364 ККдо позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки; частиною п'ятою статті 191 КК із застосуванням статті 69 КК до позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки з конфіскацією всього майна.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_19 остаточно визначено покарання - позбавлення волі на строк чотири

роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки з конфіскацією всього майна.

За вироком суду ОСОБА_19 визнано винуватим у тому, що він у період із 8 по 18 лютого 2008 року, обіймаючи посаду директора ТОВ «Автодім-Лозуватка», підробив довідку про доходи із зазначенням у ній завідомо неправдивих відомостей про заробітну плату. Того ж року 29 лютого ОСОБА_19, зловживаючи службовим становищем, пред'явив підроблену довідку ВАТ КБ «Надра», із урахуванням якої отримав кредит на суму 83 438,02 доларів США, які використав не за призначенням.

Крім цього, вироком суду ОСОБА_19 визнано винуватим у вчиненні в період з травня 2008 року по 25 березня 2011 року та повторно з вересня 2008 року по 25 березня 2011 року розтрати чужого майна в особливо великих розмірах шляхом зловживання службовим становищем, але судове рішення в цій частині в заяві не оспорюється.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 10 січня 2012 року вирок щодо ОСОБА_19 залишив без зміни.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 січня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_19 змінила: перекваліфікувала його дії з частини другої статті 366 КК на частину першу статті 358 КК із призначенням йому за цим законом покарання у виді арешту строком на шість місяців; з частини другої статті 364 КК на частину другу статті 364^1 КК із призначенням йому за цим законом покарання у виді 170 000 грн. штрафу з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки.

На підставі частини першої статті 70 КК ОСОБА_19 за сукупністю злочинів, передбачених частиною першою статті 358, частиною другою статті 364^1 , частиною п'ятою статті 191 КК, визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки з конфіскацією всього майна.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_19 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки з покладенням на засудженого обов'язків, передбачених пунктами 2, 3 частини першої статті 76 КК.

У решті судові рішення щодо ОСОБА_19 залишено без зміни.

У заяві заступник Генерального прокурора України порушує питання про скасування ухвали суду касаційної інстанції від 10 січня 2013 року та направлення справи на новий касаційний розгляд. На його думку, суд касаційної інстанції дійшов помилкового висновку про те, що ОСОБА_19, будучи службовою особою юридичної особи приватного права, не може бути суб'єктом злочину, передбаченого статтею 366 КК, та безпідставно перекваліфікував злочинні дії ОСОБА_19 з частини другої статті 366 на частину першу статті 358 КК. Заявник зазначає, що правові висновки суду

касаційної інстанції у рішенні щодо ОСОБА_19 відрізняються за правовими висновками, яких касаційний суд дійшов за фактичних обставин у подібному суспільно небезпечному діянні, і таким чином допустив неоднакове застосування однієї й тієї самої норми кримінального закону.

На обґрунтування своєї позиції заступник Генерального прокурора України посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 січня 2013 року.

У цьому рішенні суд касаційної інстанції за подібних, на його думку, обставин погодився з вироком Чорнухинського районного суду Полтавської області від 21 червня 2012 року щодо ОСОБА_20 у частині кваліфікації його дій за статтею 366 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженого та захисника, які заперечували проти задоволення заяви, прокурора на підтримку доводів заяви, перевірила матеріали справи та матеріали, додані до заяви, обговорила зазначені в ній доводи та дійшла висновку про таке.

Зіставлення фактичних обставин суспільно небезпечного діяння, передбаченого статтею 358 КК, за вчинення якого засуджено ОСОБА_19, з фактичними обставинами діяння, щодо якого висловлена (виражена) правова позиція касаційного суду в рішенні, наданому для порівняння, дають підстави стверджувати, що вони подібні між собою за рядом ознак, характерних для цього складу злочину. Водночас ці діяння отримали різну правову оцінку - були кваліфіковані за статтями 358 та 366 КК.

Відмінність у застосуванні норми закону про кримінальну відповідальність до зазначених, відповідно, в оспореному й порівнюваному судових рішеннях фактичних обставин суспільно небезпечних діянь дозволяє провадити перегляд справи по суті заявлених у зверненні вимог на предмет законності та обґрунтованості оспореного рішення (підстава: пункт 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК 1960 року) - неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень).

Відповідно до положень статті 400^{11}, пункту 1 частини першої статті 400^{12}, частини першої статті 400^{21}, частин першої та другої статті 400^{22} КПК 1960 року перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені й визнані доведеними судом першої інстанції, з дійсністю, достатністю та достовірністю яких погодився суд касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України, виходячи із фактичних обставин оспореного та порівнюваного суспільно небезпечних діянь, має дати відповідь, чи можуть службові особи, які працюють в юридичних особах приватного права, бути суб'єктом злочину, передбаченого статтею 366 КК, оскільки підпадають під визначення службової особи, подане у частині третій статті 18 КК, чи вони не повинні визнаватись

такими, оскільки стаття 366 КК не входить до переліку злочинів, на які поширюється визначення службової особи, зазначене у примітці до статті 364 КК.

Діяння, передбачене статтею 366 КК, за родовим об'єктом належить до злочинів у сфері службової діяльності, для деяких із них у примітці до статті 364 КК подається визначення поняття «службова особа» і наводиться їх перелік, на які поширюється це визначення. Службове підроблення не входить до цього переліку.

За нормативним визначенням суб'єктом злочину, передбаченого статтею 366 КК, є службова особа. У Загальній частині КК подається визначення службової особи, яке має загальний характер, тобто стосується усіх статей Особливої частини КК, за винятком тих, для яких закон про кримінальну відповідальність передбачає окреме визначення (статті 364, 365, 368, 368^2 , 369 КК). Це визначення наведене у частині третій статті 18 КК, згідно з якою службовими особами є особи, які, з-поміж іншого, обіймають на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Таке визначення службової особи стосується усіх організаційно-правових утворень незалежно від форм власності. Із цього випливає, що для вжитого в конкретній статті Особливої частини КК поняття «службова особа», щодо якого немає окремого визначення, використовується те, яке міститься у загальній нормі (частина третя статті 18 КК). Це визначення однаковою мірою стосується поняття «службова особа», яке застосоване у нормі, передбаченій статтею 366 КК.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_19 встановлено, що засуджений як директор ТОВ «Автодім-Лозуватка», тобто як службова особа юридичної особи приватного права із використанням повноважень обійманої ним посади, підробив і використав офіційний документ.

За своєю правовою природою фактично вчинені дії ОСОБА_19 підпадають під ознаки діяння, передбаченого статтею 366 КК, оскільки злочинний результат став наслідком використання засудженим повноважень директора ТОВ.

Касаційний суд, перекваліфіковуючи дії ОСОБА_19 з частини другої статті 366 на частину першу статті 358 КК, витлумачив поняття «службова особа» усупереч точному його змісту. Підхід касаційного суду зводився до того, що оскільки службове підроблення не входить до наведеного у примітці до статті 364 КК переліку злочинів у сфері службової діяльності, на які поширюється визначення «службова особа», то особи, які вчинили таке діяння, не повинні визнаватися суб'єктом службових злочинів.

Таке правозастосування є неправильним, воно суперечить нормативному визначенню поняття «службова особа», яке подається у статті 366 КК, у системному зв'язку з положеннями частини третьої статті 18 КК.

У судовому рішенні касаційного суду, наданому для порівняння, фактичні обставини діяння, передбаченого статтею 366 КК, подібні до фактичних обставин справи, щодо яких ухвалено оспорене рішення, і на відміну від

оспореного рішення отримали протилежну кримінально-правову оцінку, правильність якої обстоюється в заяві прокурора.

У цій справі дії засудженого, які полягали в тому, що він як головний бухгалтер СТОВ «Перемога», тобто будучи службовою особою юридичної особи приватного права, склав, підписав від імені керівника, завірив печаткою товариства завідомо неправдиву довідку про доходи іншої особи, були розцінені саме як службове підроблення й кваліфіковані за частиною першою статті 366 КК.

Зіставлення правових висновків оскарженого судового рішення та порівнюваного дає підстави зробити висновок про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Відповідно до статті 400^{22} КПК 1960 року у разі визнання судового рішення касаційного суду незаконним Верховний Суд України скасовує його і постановляє нове рішення із зазначенням висновку про те, як саме має застосовуватися конкретна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Однак, якщо виходити із системного розуміння норм процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду справи Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалювати нове рішення, оскільки для його постановлення необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено.

З огляду на викладене Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вимушена ухвалити найприйнятніше рішення: скасувати оскаржену ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд, який належить провести з урахуванням вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 січня 2013 року щодо ОСОБА_19 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 24 жовтня 2013 року
у справі № 5-38кс13

(рішення про правильну кваліфікацію службового підроблення як одиничного злочину)

Вирішуючи питання про можливу кваліфікацію дій особи за статтею 364 КК, слід враховувати, що передбачені нею норми закону є загальними (генеральними) щодо будь-якої іншої спеціальної норми (статті КК), яка також передбачає відповідальність за вчинення якого-небудь конкретного діяння, скоєного службовою особою з використанням свого службового становища або владних повноважень всупереч інтересам служби. Спеціальними є і норми статті 366 КК, оскільки службове підроблення є також видом зловживання службовим становищем, але його спеціальним видом, оскільки передбачає використання службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби для вчинення одного чи кількох діянь, зазначених в законі: а) складання завідомо неправдивих офіційних документів; б) видача таких документів; в) внесення в них завідомо неправдивих відомостей; г) інше їх підроблення.

Отже, у випадку, коли зловживання службовою особою своїм службовим становищем виявилось лише й виключно у вчиненні діянь, зазначених у диспозиції статті 366 КК, тобто являло собою тільки службове підроблення, таке діяння повністю охоплюється ознаками цього складу злочину і додаткової кваліфікації за статтею 364 КК не потребує.

(Витяг)

Вироком Голопристанського районного суду Херсонської області від 12 червня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено: за частиною третьою статті 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) - на п’ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на три роки, за частиною першою статті 366 КК - на один рік обмеження волі з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на два роки, а на підставі статті 70 КК йому визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на п’ять років з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на три роки.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування покарання з випробуванням із встановлення іспитового строку один рік.

На підставі статті 54 КК ОСОБА_1 позбавлено спеціального звання «старший лейтенант міліції». Призначені ОСОБА_1 додаткові покарання у виді позбавлення права обіймати посади в правоохоронних органах строком на три роки і позбавлення спеціального звання постановлено виконувати самостійно.

Апеляційний суд Херсонської області ухвалою від 4 вересня 2012 року вирок місцевого суду змінив і постановив вважати ОСОБА_1 засудженим за частиною третьою статті 364 КК на п’ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на три

роки та з позбавленням на підставі статті 54 КК спеціального звання «старший лейтенант міліції»; за частиною першою статті 366 КК - на один рік обмеження волі. На підставі статті 70 КК шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим визначив ОСОБА_1 остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на п’ять років з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на три роки та з позбавленням спеціального звання «старший лейтенант міліції». На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку два роки. У решті вирок залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 14 травня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1 у частині його засудження за частиною третьою статті 364 КК скасував, а справу в цій частині закрив на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) за відсутністю в його діянні складу злочину. Виключив з вироку Голопристанського районного суду Херсонської області від 12 червня 2012 року і ухвали Апеляційного суду Херсонської області від 4 вересня 2012 року рішення про призначення ОСОБА_1 остаточного покарання за частиною першою статті 70 КК за сукупністю злочинів і про позбавлення його спеціального звання «старший лейтенант міліції» на підставі статті 54 КК. Знизив визначений ОСОБА_1 на підставі статті 75 КК термін іспитового строку до одного року. Ухвалив вважати ОСОБА_1 засудженим за частиною першою статті 366 КК (в редакції Закону від 11 червня 2009 року) на один рік обмеження волі з позбавленням права обіймати посади в правоохоронних органах строком на два роки та зі звільненням, на підставі статті 75 КК, від відбування основного покарання з випробуванням із встановленням іспитового строку один рік. У решті судові рішення залишив без зміни.

З урахуванням змін, внесених у вирок та ухвалу судом касаційної інстанції, ОСОБА_1 визнано винним і засуджено за те, що він, будучи службовою особою - заступником начальника взводу роти дорожньо-патрульної служби ІНФОРМАЦІЯ_2, 8 січня 2010 року приблизно о 13-й годині в ІНФОРМАЦІЯ_3 зупинив для перевірки мопед «Suzuki Lets» під керуванням ОСОБА_2. Виявивши у водія ознаки алкогольного сп’яніння, ОСОБА_1 склав щодо нього протокол про адміністративне правопорушення, передбачене частиною першою статті 130 Кодексу України про адміністративні правопорушення, у який вніс дані про відмову правопорушника від проходження медичного огляду в присутності двох свідків – ОСОБА_3 і ОСОБА_4 (за відсутності останніх), розписався від їх імені в протоколі та складених від їх імені поясненнях.

Суд касаційної інстанції, скасовуючи судові рішення щодо ОСОБА_1 у частині його засудження за частиною третьою статті 364 КК і закриваючи справу за відсутністю в його діянні складу даного злочину, послався на те, що у вироку суд не вказав, у чому полягає заподіяна діями ОСОБА_1 істотна шкода державним інтересам.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних

і кримінальних справ ухвалою від 10 вересня 2013 року кримінальну справу щодо ОСОБА_1 за заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд винесеної у цій справі ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 травня 2013 року допустив до провадження Верховного Суду України.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України заступник Генерального прокурора України просить ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 травня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд. Підставою, на його думку, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Вважає, що суд касаційної інстанції необґрунтовано скасував судові рішення в частині засудження ОСОБА_1 за частиною третьою статті 364 КК і справу в цій частині закрив за відсутністю в його діянні складу злочину.

Як приклад неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду, заявник надав ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 червня 2013 року щодо ОСОБА_5, засудженого вироком Октябрського районного суду м. Полтави від 15 червня 2011 року, залишеного без зміни ухвалою Апеляційного суду Полтавської області від 11 жовтня 2012 року, за частиною третьою статті 364, частиною другою статті 27, частиною другою статті 365, частиною другою статті 366 КК. У цій справі суд касаційної інстанції судові рішення щодо ОСОБА_5 змінив і перекваліфікував його дії з частини другої статті 366 КК на частину першу цієї ж статті, призначивши за цим законом відповідне покарання і визначив остаточне покарання за сукупністю злочинів. У своїй ухвалі суд касаційної інстанції зазначив, що дії засудженого правильно кваліфіковані за частиною третьою статті 364 КК, оскільки його діями - умисним фальсифікуванням справи про вчинення ОСОБА_6 адміністративного правопорушення - була заподіяна істотна шкода правам і свободам громадянина та державним інтересам у виді підриву авторитету та престижу правоохоронного органу - міліції.

Заступник Генерального прокурора України вважає, що у справі щодо ОСОБА_1 касаційний суд неоднаково застосував одні й ті самі норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, оскільки в оскаржуваному ним судовому рішенні касаційного суду вони отримали протилежну кримінально-правову оцінку.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який підтримав заяву, перевірила матеріали справи та, обговоривши доводи, зазначені у заяві, дійшла висновку про таке.

Приводом для перегляду рішення суду касаційної інстанції стала заява заступника Генерального прокурора України, а підставою - відмінність у

застосуванні закону про кримінальну відповідальність до зазначених в оспореному й порівнюваному судових рішеннях фактичних обставин суспільно небезпечних діянь. Указані діяння мають схожість за рядом ключових ознак: за суб'єктним складом - в обох справах злочини вчинено службовими особами - працівниками правоохоронних органів; за об'єктивною стороною - в кожному з випадків зміст дій засуджених становило складання фіктивного протоколу про адміністративне правопорушення; за формою вини - обидва діяння вчинені з прямим умислом.

Предметом перегляду справи є неоднакова правова позиція касаційного суду щодо застосування норм кримінального закону при кваліфікації дій службової особи, пов'язаних зі складанням офіційних документів та внесенням до них завідомо неправдивих відомостей, зокрема, питання про те, чи мають кваліфікуватись дії винних осіб тільки за статтею 366 КК або ж за сукупністю вказаного злочину та злочину, передбаченого статтею 364 КК.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень, що набрали законної сили, у разі неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Неоднакове застосуванням одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Вирішуючи питання про можливу кваліфікацію дій особи за статтею 364 КК, слід враховувати, що ця норма закону є загальною (генеральною) по відношенню до будь-якої іншої спеціальної норми (статті КК), в якій також передбачається відповідальність за вчинення якого-небудь конкретного діяння, скоєного службовою особою з використанням свого службового становища або владних повноважень всупереч інтересам служби. До такої спеціальної норми належить і норма статті 366 КК, оскільки службове підроблення є також видом зловживання службовим становищем, але його спеціальним видом, оскільки передбачає використання службовою особою свого службового становища всупереч інтересам служби для вчинення одного чи кількох діянь, зазначених в законі: а) складання завідомо неправдивих офіційних документів; б) видача таких документів; в) внесення в них завідомо неправдивих відомостей; г) інше їх підроблення.

Отже, у випадку, коли зловживання службовою особою службовим становищем виявилось лише й виключно у вчиненні діянь, указаних в диспозиції статті 366 КК, тобто являло собою тільки службове підроблення, таке діяння повністю охоплюється ознаками цього складу злочину і додаткової кваліфікації за статтею 364 КК не потребує.

Саме така ситуація має місце у справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, де засуджений ОСОБА_1, будучи суб'єктом злочину, повністю виконав об'єктивну сторону складу злочину, визначеного статтею 366

КК. Тому його дії співпадають з диспозицією цієї норми і додаткової кваліфікації за статтею 364 КК не потребують.

Вищенаведене підтверджується правовою позицією Верховного Суду України, висловленою у справі № 5-19к-12 щодо Ч. і С., згідно з якою норма статті 364 КК може застосовуватись за реальної сукупності з іншим службовим злочином тільки за умови вчинення особою з використанням службового становища всупереч інтересам служби самостійних незаконних дій, які самі по собі утворюють склад злочину, передбаченого статтею 364 КК, і не охоплюються об'єктивною стороною іншого злочину.

Законодавець визначив зловживання владою або службовим становищем як злочин з матеріальним складом, звідки випливає, що для визнання його закінченим обов'язковим є настання суспільно небезпечних наслідків від злочинного діяння службової особи. Цими наслідками, відповідно до примітки до статті 364 КК, визнається істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб. Разом з тим, кримінальний закон не визначає конкретних випадків, за яких шкода в нематеріальному вираженні має визнаватись істотною.

Таким чином, визначення істотності збитків даного виду покладено на правозастосовні органи, зокрема на органи дізнання, досудового слідства та суд (стаття 64 КПК 1960 року). За наведених вимог матеріального та процесуального законів судові рішення в цій частині повинні бути мотивовані.

Отже, касаційний суд в ухвалі, що оспорюється, обґрунтовано послався на відсутність достатньої аргументації у вироку місцевого суду та в ухвалі суду апеляційної інстанції факту заподіяння ОСОБА_1 своїми діями істотної шкоди державним інтересам та, як наслідок, на відсутність в його діянні складу злочину, передбаченого статтею 364 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України також звертає увагу, що у справі стосовно ОСОБА_5 касаційний суд давав оцінку дещо інакшій кримінально-правовій ситуації, ніж у справі щодо ОСОБА_1, яка полягала в тому, що зловживання службовим становищем і службове підроблення були вчинені з метою приховування іншого злочину, передбаченого статтею 365 КК, а отже, дії засудженого в цій справі отримали іншу кваліфікацію.

Враховуючи викладене, заява заступника Генерального прокурора України задоволенню не підлягає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 травня 2013 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі,

передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально – процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова
Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року
у справі № 5-18кс11

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом ухилення від сплати податків в особливо великих розмірах)

У частині другій статті 366 КК України сформульований матеріальний склад злочину, під час вчинення якого службове підроблення заподіює тяжкі наслідки.

Для інкримінування особі спричинення (заподіяння) її діями певних наслідків необхідна наявність прямого, безпосереднього, а не опосередкованого, причинного зв'язку між її діями і певними наслідками.

Отже, для ставлення у вину особі, що вчинила службове підроблення, спричинення її діями тяжких наслідків, визначення яких дається у п. 4 примітки статті 364 КК України, необхідно, щоб такі наслідки знаходились у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції частини першої статті 366 КК України.

Оскільки підроблення винуватим офіційних документів було способом ухилення від сплати податків, а наслідки, що проявились у несплаті податків в особливо великих розмірах, настали не в результаті службового підроблення, а внаслідок ненадходження цих коштів до бюджету, Верховний Суд України вважає, що касаційним судом неправильно було вирішено справу.

(Витяг)

Вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 09 вересня 2010 року ОСОБА_1, 19 червня 1973 року народження, уродженця м. Києва, раніше не судимого, засуджено:

— за частиною третьою статті 212 КК України до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк три роки, без конфіскації майна;

— за частиною другою статті 366 КК України до позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк два роки.

На підставі частини першої статті 70 КК України, за сукупністю злочинів, ОСОБА_1 визначено остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим у виді позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-

розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк три роки, без конфіскації майна.

Відповідно до статті 75 КК України ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком два роки та з покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2—4 частини першої статті 76 КК України.

Вироком Апеляційного суду м. Києва від 03 грудня 2010 року зазначений вирок суду першої інстанції в частині призначення покарання скасовано і ОСОБА_1 призначено покарання :

— за частиною третьою статті 212 КК України - п'ять років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю;

— за частиною другою статті 366 КК України - три роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк два роки шість місяців.

На підставі частини першої статті 70 КК України, за сукупністю злочинів, ОСОБА_1 визначено остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим у виді позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

Згідно з вироком, ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він, обіймаючи посаду директора ПП «Газ Стар», будучи службовою особою суб'єкта підприємницької діяльності на яку покладено відповідальність за організацію бухгалтерського і податкового обліку на підприємстві, повноту нарахування та сплати податків і зборів до державного бюджету, з метою ухилення від сплати податків, умисно включив до податкового кредиту в декларації з податку на додану вартість за квітень і травень 2008 року податкові накладні ТОВ «Лорен Трейд Груп», достовірно знаючи, що це товариство не є платником податку на додану вартість, що призвело до фактичного ненадходження до бюджету коштів у загальній сумі 3 454 379 грн., що є особливо великим розміром.

Крім цього, ОСОБА_1, при складанні декларацій з податку на додану вартість за квітень і травень 2008 року, які є офіційними документами, вніс до них завідомо неправдиві відомості, внаслідок чого ПП «Газ Стар» не сплатило податок на додану вартість у сумі 3454379 грн., що спричинило тяжкі наслідки.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року, касаційну скаргу захисника ОСОБА_2 залишено без задоволення, а вирок Апеляційного суду м. Києва від 03 грудня 2010 року – без зміни.

07 листопада 2011 року колегією суддів цього ж суду кримінальну справу щодо ОСОБА_1 допущено до провадження Верховного Суду України за заявою

захисника ОСОБА_2 про перегляд постановленої у цій справі ухвали суду касаційної інстанції.

У заяві захисника та доповненнях до неї ставиться питання про скасування ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року щодо ОСОБА_1 та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

У заяві йдеться про те, що ОСОБА_1 за злочин, передбачений частиною третьої статті 212 КК України, додаткове покарання у виді конфіскації майна призначено всупереч вимогам частини другої статті 59 КК України, оскільки органами досудового слідства і судом у справі не встановлено, що цей злочин ним було вчинено з корисливих спонукань. Також захисник вважає, що дії ОСОБА_1, щодо підроблення офіційних документів, слід кваліфікувати за частиною першою статті 366 КК України, а не за частиною другою статті 366 цього Кодексу, оскільки діяннями останнього, пов'язаними із внесенням до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, тяжких наслідків не спричинено. Зазначає, що підставою для перегляду ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року є неоднакове застосування судом касаційної інстанції частини другої статті 59 КК України та статті 366 цього Кодексу, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

На обґрунтування заяви захисником ОСОБА_2 надано копії ухвал колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 року та 15 травня 2007 року.

Зокрема, ухвалою колегії суддів від 30 жовтня 2008 року щодо ОСОБА_3, засудженого вироком Заводського районного суду м. Миколаєва від 14 травня 2008 року за частиною третьою статті 212, частиною першою статті 358, частиною третьою статті 358, частиною другою статті 366 КК України і скасованого вироком Апеляційного суду Миколаївської області від 19 серпня 2008 року в частині призначення покарання, виключено рішення суду про призначення ОСОБА_3 додаткового покарання у виді конфіскації майна з підстав невстановлення органами слідства і судом корисливого мотиву при ухиленні від сплати податків в особливо великих розмірах та перекваліфіковано його дії з частини другої статті 366 на частину першу статті 366 КК України, оскільки наслідки, що проявились у несплаті податків у особливо великих розмірах, настали не в результаті службового підроблення, вчиненого засудженим, а внаслідок ненадходження цих коштів до бюджету.

Заслухавши доповідь судді-доповідача, заступника Генерального прокурора України, який частково підтримав доводи заяви захисника ОСОБА_2 про перегляд винесеної в справі щодо ОСОБА_1 ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року, перевіривши матеріали справи, обговоривши викладені в заяві доводи та наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України,

Верховний Суд України вважає, що заява підлягає частковому задоволенню з таких підстав.

Статтями 51 і 52 КК України встановлено, що одним із додаткових покарань, яке може бути застосовано до осіб, визнаних винними у вчиненні злочинів, є конфіскація майна.

Відповідно до статті 59 КК України, покарання у виді конфіскації майна полягає в примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України.

Під користю (корисливими спонуканнями, корисливим мотивом) у чинному законодавстві про кримінальну відповідальність розуміється бажання винного одержати внаслідок вчинення злочину матеріальні блага для себе чи інших осіб, одержати або зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат, досягти іншої матеріальної вигоди.

Частиною 3 ст. 212 КК України, за якою засуджено ОСОБА_1 встановлено кримінальну відповідальність за умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах. Санкцією вказаної статті, крім іншого, передбачено обов'язкове застосування до винної особи конфіскації майна.

Матеріалами справи щодо ОСОБА_1 встановлено, що останній умисно ухилився від сплати податків з корисливих спонукань.

Засуджений ОСОБА_1 під час досудового слідства і в судовому засіданні послідовно стверджував, що маючи умисел на ухилення від сплати податків переслідував мету власного збагачення, при цьому передбачав невідворотність заподіяння майнової шкоди державі у формі ненадходження до бюджету сум податків.

Згідно вироку, залишеного без зміни касаційним судом, ОСОБА_1 у судовому засіданні визнав свою винність у повному обсязі пред'явленого обвинувачення і не оспорював встановлені органами досудового слідства фактичні обставини, зокрема, корисливого мотиву ухилення від сплати податків у особливо великих розмірах, і суд, відповідно до положень частини третьої статті 299 КПК України, з'ясувавши думку всіх учасників процесу, в тому числі ОСОБА_1, визнав недоцільним дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин, які ніким не оспорюються.

За таких обставин, суд касаційної інстанції, розглянувши справу щодо ОСОБА_1 обґрунтовано погодився з висновком апеляційного суду про те, що метою вчинення засудженим умисного ухилення від сплати податків був корисливий мотив. Таке рішення не суперечить вимогам частини третьої статті

59 КК України.

Посилання захисника на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 травня 2007 року щодо ОСОБА_4, як на різні за змістом судові рішення, в яких має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону, є безпідставними, оскільки цією ухвалою касаційного суду судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій скасовано, а справу направлено на нове розслідування, у зв'язку з чим відсутні підстави вважати, що суд касаційної інстанції неправильно застосував кримінальний закон.

Перегляд судових рішень у кримінальних справах, у тому числі й з мотивів порушення судом вимог кримінально-процесуального закону та невідповідності викладених у судових рішеннях щодо ОСОБА_1, висновків суду фактичним обставинам, про що йдеться у заяві захисника, не є підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України.

У той же час, касаційний суд у справах щодо ОСОБА_1 і ОСОБА_3 неоднаково застосував кримінальний закон щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Як встановлено судами, і ОСОБА_1, і ОСОБА_3 вчинили службове підроблення, що спричинило тяжкі наслідки.

Касаційний суд при розгляді справи щодо ОСОБА_3 дійшов висновку, що підроблення засудженим офіційних документів було способом ухилення від сплати податків, а наслідки, що проявились у несплаті податків у особливо великих розмірах, настали не в результаті службового підроблення, а внаслідок ненадходження цих коштів до бюджету.

Щодо ОСОБА_1 касаційним судом було прийнято протилежне рішення — суд визнав, що вчинення засудженим саме службового підроблення потягло за собою настання тяжких наслідків, які проявились у несплаті ним податку на додану вартість у загальній сумі 3454379 грн.

Таким чином, суд касаційної інстанції в різних справах неоднаково застосував кримінальний закон, у результаті чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Верховний Суд України, виходячи з нижченаведеного, вважає, що касаційним судом правильно було вирішено справу щодо ОСОБА_3

Як встановив касаційний суд по справі ОСОБА_3, наслідки, що проявились у несплаті засудженим податків у загальній сумі 2350145 грн., настали не в результаті підроблення ним офіційних документів, а внаслідок ненадходження цих коштів до бюджету.

У частині другій статті 366 КК України сформульований матеріальний склад злочину, при вчиненні якого службове підроблення заподіює тяжкі наслідки.

Для інкримінування особі спричинення (заподіяння) її діями певних наслідків необхідно наявність прямого, безпосереднього, а не опосередкованого, причинного зв'язку між її діями і певними наслідками.

Отже, для ставлення у вину особі, що вчинила службове підроблення, спричинення її діями тяжких наслідків, визначення яких дається у п.4 примітки

до статті 364 КК України, необхідно, щоб такі наслідки знаходились у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції частини першої статті 366 КК України.

Ці положення закону касаційний суд при розгляді справи щодо ОСОБА_1 не врахував, унаслідок чого ухвалив помилкове рішення, визнавши, що тяжкі наслідки, які проявились у несплаті податків у особливо великих розмірах, безпосередньо було спричинено в результаті підроблення засудженим офіційних документів.

Ураховуючи наведене, Верховний Суд України вважає, що ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року підлягає скасуванню, а справа направленню на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи необхідно провести відповідно до вимог чинного законодавства.

На підставі викладеного, керуючись статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК України, Верховний Суд України

постановив:

заяву захисника ОСОБА_2 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 травня 2011 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом другим частини першої статті 400^{12} КПК України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-31к12

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом заволодіння чужим майном, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим у великих розмірах)

Ставлення у вину особі, яка вчинила службове підроблення, спричинення тяжких наслідків, визначення яких наведено у пункті 4 примітки статті 364 КК, можливе за умови, коли такі наслідки перебували у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції частини першої статті 366 КК.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у заволодінні коштами банку, перебували у причинному зв'язку саме зі зловживанням винуватою своїм службовим становищем. Цьому діянню передувало

службове підроблення, яке саме по собі без наступної злочинної поведінки винуватої не могло спричинити тяжких наслідків.

(Витяг)

Вироком Суворовського районного суду м. Херсона від 21 квітня 2011 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, таку, що не має судимості, засуджено за: частиною п'ятою статті 191 Кримінального кодексу України (далі – КК) із застосуванням статті 69 КК до позбавлення волі на строк три роки шість місяців із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з матеріальною відповідальністю та фінансово-господарською діяльністю, строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є її власністю; частиною другою статті 366 КК до позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з фінансово-господарською діяльністю строком на два роки.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк три роки шість місяців із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з матеріальною відповідальністю та фінансово-господарською діяльністю, строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є власністю засудженої.

ОСОБА_1 визнано винною в тому, що вона за обставин, викладених у вироку, як головний бухгалтер приватного підприємства «Радар» за попередньою змовою з особою, засудженою за цей злочин окремим вироком, склала завідомо неправдиві офіційні документи для отримання кредиту, подала їх до Херсонської філії Акціонерного банку «Укоопспілка», на підставі яких уклала кредитний договір на суму 55 тис. грн, якими шляхом зловживання службовим становищем, заволоділа.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 квітня 2012 року судове рішення залишила без змін.

У заяві заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу колегії суддів Судової палати Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 квітня 2012 року та направити справу на новий касаційний розгляд. Підставою для перегляду цієї ухвали, на думку прокурора, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми, передбаченої частиною другою статті 366 КК, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Він вважає, що дії ОСОБА_1 щодо складання завідомо неправдивих офіційних документів слід кваліфікувати не за частиною другою статті 366 КК, а частиною першою цієї статті, оскільки її дії, зокрема складання завідомо неправдивих офіційних документів, тяжких наслідків не спричинили.

На обґрунтування заяви прокурор послався на ухвалу колегії суддів Судової палати Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 вересня 2012 року щодо ОСОБА_2, засудженого вироком Пролетарського районного суду м. Донецька від 30 січня 2012 року за частиною четвертою статті 191 і частиною другою статті 366 КК. У цій справі суд касаційної інстанції перекваліфікував дії засудженого з частини другої на

частину першу статті 366 КК. Як зазначає прокурор, касаційний суд правильно визнав, що тяжкі наслідки, які полягають у заподіянні господарському товариству матеріальних збитків, настали не в результаті службового підроблення, а внаслідок заволодіння ОСОБА_2 майном товариства шляхом зловживання службовим становищем.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора, який підтримав заяву, перевірила матеріали справи, обговорила доводи, наведені у заяві, та дійшла висновку, що заява підлягає задоволенню з таких підстав.

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

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України зазначає, що з приводу порушеного питання Верховний Суд України неодноразово висловлював свою правову позицію, яка зводилась до того, що ставлення у провину особі, яка вчинила службове підроблення, спричинення тяжких наслідків, визначення яких дається у пункті 4 примітки до статті 364 КК, можливе за умови, коли такі наслідки перебували у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції частини першої статті 366 КК (ухвала Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 року, справа № 5-3895 к08 щодо В.; постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року, справа № 5-18 кс11 щодо Л.).

Відповідно до статті 400^{25} Кримінально-процесуального кодексу України (1960 року) рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у заволодінні коштами банку, перебували у причинному зв'язку саме зі зловживанням ОСОБА_1 своїм службовим становищем. Цьому діянню передувало службове підроблення, яке саме по собі без наступної злочинної поведінки ОСОБА_1 не могло спричинити тяжких наслідків.

У рішенні, яке надано для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні до діяння, інкримінованого ОСОБА_1, і отримали кримінально-правову оцінку за частиною першою статті 366 КК.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які поставлені у провину ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння, наданого для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції зазначену норму кримінального закону про кримінальну відповідальність застосував неправильно.

За таких обставин оскаржене рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 належить визнати незаконним і таким, що підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, оскільки відповідно до положень статті 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України (1960 року) іншого способу усунення виявленого Верховним Судом України неоднакового застосування норми кримінального закону не передбачено.

Новий касаційний розгляд справи належить здійснити у повній відповідності з чинним законодавством.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України (1960 року), Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 квітня 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 червня 2013 року у справі № 5-18кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом заволодіння чужим майном, шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, вчиненим у особливо великих розмірах)

Шкода охоронюваним законом інтересам заподіюється, як правило, не самим по собі підробленням офіційних документів, а внаслідок використання їх. Використання підроблених офіційних документів не є конструктивною ознакою службового підроблення, тому визначення (встановлення) причинного зв'язку між службовим підробленням та тяжкими наслідками залежить від того, ким саме – іншою особою чи самим підробником, в якому значенні, з якою метою використовуються ці документи. Якщо підроблені офіційні документи використовує особа, що їх підробила, як засіб (спосіб, умови) вчинення іншого злочину, у часі підробила їх раніше, усвідомлює, як правило, що підроблення документів є етапом (частиною) злочинної поведінки чи необхідною дією для скоєння іншого посягання, внаслідок чого буде досягнуто кінцевої мети всієї злочинної поведінки, то таке службове підроблення не може (не повинно)

кваліфікуватись як таке, що спричинило тяжкі наслідки.

Інша кримінально-правова оцінка цього діяння за описаних умов суперечитиме принципам законності, точності, об'єктивності, повноти та неприпустимості подвійного ставлення у вину вчинення одних і тих самих дій чи наслідків, оскільки призведе до інкримінування особі суспільно небезпечних наслідків, спричинення яких не охоплювалися її умислом і які у процесі цілеспрямованої злочинної поведінки об'єктивно не могли настати. Адже зрозуміло, що частина злочинної поведінки не може бути причиною наслідку, настання якого залежить від здійснення всієї злочинної поведінки, особливо від учинення того діяння, завдяки якому винна особа досягає своєї злочинної мети й спричиняє реальну шкоду.

(Витяг)

Вироком Краснодонського міськрайонного суду Луганської області від 12 грудня 2011 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, раніше не судимого, засуджено за: частиною п'ятою статті 191 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк сім років із конфіскацією майна, яке є його власністю; частиною другою статті 366 КК до позбавлення волі на строк два років.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк сім років із конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

На підставі частини п'ятої статті 74 КК ОСОБА_1 звільнено від відбуття покарання у зв'язку із закінченням строків давності.

ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено за те, що він, будучи директором спільного українсько-російського підприємства ІНФОРМАЦІЯ_2, 19 травня 1998 року з метою заволодіння державним майном працевлаштувався на шахту ІНФОРМАЦІЯ_3 на посаду начальника комерційного відділу шахти.

Реалізуючи свій злочинний умисел на заволодіння державним майном в особливо великих розмірах, зловживаючи своїм службовим становищем та довірою директора шахти ОСОБА_2 (щодо якого справа за частиною другою статті 367 КК постановою суду від 9 березня 2005 року закрита на підставі статті 49 КК), з корисливих мотивів шляхом службового підроблення уклав договір від 8 червня 1998 року про спільну господарську діяльність між шахтою та СП ВКФ ІНФОРМАЦІЯ_4, який підписав від імені директора.

Надалі, знаючи про відвантаження вугілля з шахти ІНФОРМАЦІЯ_3, ОСОБА_1 з метою заволодіння ним, скориставшись наявними у нього незаповненими бланками з підписом директора шахти ІНФОРМАЦІЯ_3, що були завірені печаткою, склав завідомо неправдивий документ, а саме – лист, адресований на ім'я начальника УМТП ДХК ІНФОРМАЦІЯ_5, без номера та дати.

Згідно із цим листом, відвантажене із шахти ІНФОРМАЦІЯ_3 на ДП ГЗФ ІНФОРМАЦІЯ_6 вугілля в кількості 471 т. і на ДП ЦЗФ ІНФОРМАЦІЯ_7 в кількості 606 т., а всього у кількості 1077 т. на суму 74054, 52 грн. є власністю СП ВКФ ІНФОРМАЦІЯ_2.

Указаний документ ОСОБА_1 пред'явив УМТП ДХК ІНФОРМАЦІЯ_5, яке передало вугілля в кількості 1077 т. у власність СП ВКФ ІНФОРМАЦІЯ_2. УМТП ДХК ІНФОРМАЦІЯ_5 переробило його й отримало 467 т. концентрату та відвантажило в кількості 199 т. на суму 17000 грн., як власність СП ВКФ ІНФОРМАЦІЯ_2, на адресу ДП ІНФОРМАЦІЯ_8.

Таким чином, ОСОБА_1, зловживаючи своїм службовим становищем, будучи посадовою особою, заволодів чужим майном, а саме – рядовим вугіллям шахти ІНФОРМАЦІЯ_3 в кількості 1077 т. на загальну суму 74054,52 грн., що є особливо великим розміром, привласнив його та розпорядився ним на власний розсуд.

Крім того, ОСОБА_1, з метою приховання привласнення рядового вугілля шахти ІНФОРМАЦІЯ_3 в кількості 1077 т. на суму 74054,52 грн. вніс до офіційних документів завідомо неправдиві відомості, що виразилось у складанні неправдивих документів: листа без номеру та дати, складеного від імені директора шахти ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_2, на ім'я начальника УМТП ДХК ІНФОРМАЦІЯ_5 ОСОБА_3, а також листа № 7/1-113 від 14 квітня 1999 року, складеного від імені генерального директора ДКХ ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_4, що призвело до тяжких наслідків.

Апеляційний суд Луганської області ухвалою від 3 липня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 26 лютого 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без зміни.

У заяві заступник Генерального прокурора України Дьомін Ю.М. порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2013 року щодо ОСОБА_1 та направлення справи на новий касаційний розгляд. На його думку, підставами для такого рішення є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Заступник Генерального прокурора України вважає, що кваліфікуюча ознака – тяжкі наслідки – одночасно була застосована до обох складів злочину, хоча тяжкі наслідки – заволодіння майном шляхом зловживання засудженим своїм службовим становищем – є наслідком іншого тяжкого злочину, передбаченого частиною п'ятою статті 191 КК. Службове підроблення (стаття 366 КК) не мало прямого (безпосереднього) причинного зв'язку між діями ОСОБА_1 і тяжкими наслідками. Унесення в офіційні документи завідомо неправдивих відомостей не призвело безпосередньо до тяжких наслідків, а стало способом заволодіння майном шляхом зловживання засудженим своїм службовим становищем, що і становило ідеальну сукупність злочинів.

На обґрунтування заяви заступник Генерального прокурора України посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних

справ від 18 вересня 2012 року щодо Краснова О.Я., засудженого вироком Пролетарського районного суду м. Донецька від 30 січня 2012 року за частиною другою статті 366 КК, частиною четвертою статті 191 КК, якою суд касаційної інстанції частково задовольнив касаційну скаргу прокурора, змінив зазначений вирок, перекваліфікував його дії з частини другої на частину першу статті 366 КК. У цьому випадку, як зазначає прокурор, колегія суддів визнала, що тяжкі наслідки у виді заподіяння ТОВ "Компанія Валіс" матеріальних збитків на суму 111 752 грн. 40 коп. настали не в результаті службового підроблення, а внаслідок зловживання Красновим О.Я. своїм службовим становищем.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви з наведеного в ній обґрунтування, перевірила матеріали кримінальної справи, обговорила доводи, зазначені в заяві, й додані до неї матеріали та встановила таке.

1. Зіставлення фактичних обставин суспільно небезпечного діяння, передбаченого частиною другою статті 366 КК, за вчинення якого засуджено ОСОБА_1, з фактичними обставинами діяння, щодо якого висловлена (виражена) правова позиція касаційного суду в рішенні, наданому для порівняння, дають підстави стверджувати, що вони подібні між собою за рядом ознак, характерних для цього складу злочину. Водночас ці діяння отримали різну правову оцінку – були кваліфіковані як злочини за різними частинами статті 366 КК.

Відмінність у застосуванні норми закону про кримінальну відповідальність до зазначених, відповідно, в оспореному й порівнюваному судових рішеннях фактичних обставин суспільно небезпечних діянь дозволяє провадити перегляд справи по суті заявлених у зверненні вимог на предмет законності та обґрунтованості оспореного рішення (підстава: пункт 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) – неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень).

2. Відповідно до положень статті 400^{11}, пункту 1 частини першої статті 400^{12}, частини першої статті 400^{21}, частин першої та другої статті 400^{22} КПК 1960 року перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені й визнані доведеними судом першої інстанції, з дійсністю, достатністю та достовірністю яких погодився суд касаційної інстанції.

3. Характерними особливостями основного складу злочину, передбаченого частиною першою статті 366 КК, є те, що склад цього злочину формальний, тобто злочин визнається закінченим із моменту вчинення зазначених у диспозиції чотирьох видів дій: а) складання службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів; б) видача службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів; в) внесення службовою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей; г) інше підроблення службовою особою офіційних документів. Мотив і мета не є обов'язковими

ознаками цього складу злочину, але, залежно від конкретних мотивів і, що головне, мети його вчинення, можуть мати інше кримінально-правове значення, отримати інакшу кримінальну-правову оцінку (наприклад, кваліфікуватися як готування до вчинення іншого, здебільш більш тяжкого, злочину). Особливістю цього діяння є й те, що норма закону (стаття 366 КК) не передбачає кримінальної відповідальності за наступне використання підроблених офіційних документів.

Частиною другою статті 366 КК передбачена кримінальна відповідальність за вчинення зазначених видів службового підроблення, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, визначення яких дається у примітці до статті 364 КК, – матеріальні збитки, що у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян. Кримінальна відповідальність за цей злочин настає у разі, коли службове підроблення призвело до спричинення реальної майнової шкоди і ця шкода перебуває у прямому (безпосередньому) причинному зв'язку (зв'язку взаємозалежності) саме зі службовим підробленням.

Шкода охоронюваним законом інтересам заподіюється, як правило, не самим по собі підробленням офіційних документів, а внаслідок використання їх. Використання підроблених офіційних документів, як зазначено вище, не є конструктивною ознакою службового підроблення, тому визначення (встановлення) причинного зв'язку між службовим підробленням та тяжкими наслідками залежить від того, ким саме – іншою особою чи самим підробником, в якому значенні, з якою метою використовуються ці документи. Якщо підроблені офіційні документи використовує особа, що їх підробила, як засіб (спосіб, умови) вчинення іншого злочину, у часі підробила їх раніше, усвідомлює, як правило, що підроблення документів є етапом (частиною) злочинної поведінки чи необхідною дією для скоєння іншого посягання, внаслідок чого буде досягнуто кінцевої мети всієї злочинної поведінки, то таке службове підроблення не може (не повинно) кваліфікуватись як таке, що спричинило тяжкі наслідки.

Інша кримінально–правова оцінка цього діяння за описаних умов суперечитиме принципам законності, точності, об'єктивності, повноти та неприпустимості подвійного ставлення за провину вчинення одних і тих самих дій чи наслідків, оскільки призведе до інкримінування особі суспільно небезпечних наслідків, спричинення яких не охоплювалися її умислом і які у процесі цілеспрямованої злочинної поведінки об'єктивно не могли настати. Адже зрозуміло, що частина злочинної поведінки не може бути причиною наслідку, настання якого залежить від здійснення всієї злочинної поведінки, особливо від учинення того діяння, завдяки якому винна особа досягає своєї злочинної мети й спричиняє реальну шкоду.

4. У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що засуджений під впливом корисливого мотиву з метою заволодіння майном шляхом зловживання засудженим своїм службовим становищем вчинив службове підроблення, а потім, зловживаючи службовими повноваженнями директора підприємства, використав їх за призначенням і таким чином реалізував

злочинний намір, наслідком якого стало спричинення державі майнової шкоди на означену в судових рішення суму.

Із відображеної в судових рішеннях хронології та послідовності дій засудженого вбачається, що задум ОСОБА_1 передбачав вчинення сукупності злочинів, одним з яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало заволодінню майном шляхом зловживання засудженим своїм службовим становищем, кримінальна відповідальність за яке передбачена статтею 191 КК. Саме по собі підроблення зазначених у вироку офіційних документів не спричинило будь-якої шкоди. Використовувати підроблені документи мав сам засуджений, тобто особа, яка їх підробила; призначення цих документів – бути засобом скоєння іншого (наступного) злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів.

Злочинний результат – тяжкі наслідки, які мають кваліфікуюче значення, настали після виконання об'єктивної сторони наступного (кінцевого) злочину.

Наведені судження у своїй сукупності дають підстави констатувати, що у тому разі, коли службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені (сфальсифіковані) нею офіційні документи як засіб (спосіб, умови тощо) для вчинення іншого злочину, коли суспільно небезпечні наслідки настають після вчинення діяння, якому службове підроблення було засобом (способом, умовами) його скоєння, то інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому (безпосередньому) причинному зв'язку зі службовим підробленням. Понад те, таке ставлення за провину призводитиме до покладення на особу подвійної відповідальності за одні й ті самі наслідки, що є неприпустимим.

5. У судовому рішенні касаційного суду, наданого для порівняння, фактичні обставини діяння, передбаченого статтею 366 КК, як зазначено вище, подібні до фактичних обставин справи, щодо яких ухвалено оспорене рішення, і на відміну від оспореного рішення отримали протилежну кримінально-правову оцінку, правильність якої обстоює у своїй заяві заступник Генерального прокурора України.

Нормативне тлумачення статті 366 КК у взаємозв'язку з конкретним змістом фактичних обставин справи, правильність практики застосування цієї норми закону в контексті інших подібних фактичних даних справи, правова позиція Верховного Суду України, висловлена раніше щодо подібних кримінальних правовідносин (постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року у справі №5-18 кс 11 стосовно ОСОБА_5; постанова Верховного Суду України від 7 лютого 2012 року у справі № 5-31 к 12 стосовно ОСОБА_6; постанова Верховного Суду України від 21 березня 2013 року у справі №5-2 кс 13 щодо ОСОБА_7), переконує в помилковості висновків суду касаційної інстанції, який погодився з правильністю кваліфікації дій засуджених за частиною другою статті 366 КК, і водночас зобов'язують скасувати це рішення як незаконне.

6. Відповідно до статті 400^{22} КПК у разі визнання судового рішення

касаційного суду незаконним Верховний Суд України скасовує його і постановляє нове рішення із зазначенням висновку про те, як саме має застосовуватися конкретна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Однак, якщо виходити із системного розуміння норм процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду справи Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалювати нове рішення, оскільки для його постановлення необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено.

З огляду на викладене Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вимушена ухвалити найприйнятніше рішення, можливе для задоволення заяви заступника Генерального прокурора України і забезпечення захисту права засудженого на законне та справедливе судове рішення, – скасувати оскаржену ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи належить провести відповідно до вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділ XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 березня 2013 року у справі № 5-2кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання повноваженнями службової особи юридичної особи приватного права з метою отримання неправомірної вигоди, що спричинило тяжкі наслідки)

У разі, якщо службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені (сфальсифіковані) нею офіційні документи як засіб (спосіб, умови тощо) для скоєння іншого злочину, коли

суспільно небезпечні наслідки настають після вчинення діяння, якому службове підроблення було засобом (способом, умовами) його скоєння, то інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому (безпосередньому) причинному зв'язку із службовим підробленням. Понад те, таке ставлення у вину призводитиме до покладення на особу подвійної відповідальності за одні й ті самі наслідки, що є неприпустимим.

(Витяг)

Вироком Полтавського районного суду Полтавської області від 7 грудня 2011 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 народження, ІНФОРМАЦІЯ_2, таку, що не має судимості, засуджено за: частиною другою статті 364 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, строком на два роки; частиною другою статті 366 КК до позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, строком на один рік шість місяців.

Відповідно до частини першої статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, строком на два роки.

ОСОБА_1 скоїла злочини за таких обставин.

З 22 липня 2005 року ОСОБА_1 обіймала посаду директора товариства з обмеженою відповідальністю „Молочна Рив'єра" (далі - ТОВ „Молочна Рив'єра") і як службова особа юридичної особи приватного права була наділена повноваженнями та можливостями, необхідними для ведення господарської діяльності очолюваного нею товариства.

У липні 2009 року ОСОБА_1 з корисливих мотивів, маючи на меті отримати неправомірну вигоду для себе та інших осіб, ініціювала участь товариства в торгах на аграрній біржі України і заявила про спроможність товариства виготовити та закласти до державного резерву 1000 тонн солодковершкового масла відповідної якості, хоча насправді продукції в такій кількості й якості товариство не мало.

У період з 21 до 31 липня 2009 року ОСОБА_1 уклала угоду з брокером про участь у торгах на Аграрній біржі, який від імені товариства подав відповідну заявку з отриманою від ОСОБА_1 неправдивою інформацією та за наслідками торгів уклав контракт і специфікацію до нього з державним підприємством „Укрресурс" про закладення до державного резерву означеної кількості масла у строк до 21 грудня того ж року, за яке держава мала сплатити 32 000 000 грн. Перед тим ОСОБА_1 підробила офіційні службові документи: видаткову накладну ТОВ „Молочна Рив'єра" із недостовірними даними про обсяги масла, що мало поставлятися, акт відбору зразків масла, який передала експертній установі для перевірки його якості, та акт Р-16 (зобов'язання про

збереження) №2, які потім використала під час зловживання службовими повноваженнями директора товариства на стадії укладення і виконання умов контракту.

13 серпня 2009 року з Державного комітету України з державного матеріального резерву в зазначеному в угоді розмірі надійшли кошти на рахунок ТОВ „Молочна Рив'єра". Натомість товариство впродовж серпня 2009 року-лютого 2010 року заклало до державного резерву не масло, що було зазначене в контракті (відповідної кількості та якості), а під його виглядом інший продукт - „Спред та жирові суміші" в кількості 756,2 тонни на суму 12 096 000 грн.

Унаслідок цих дій, тобто службового підроблення та зловживання повноваженнями службової особи юридичної особи приватного права, були спричинені тяжкі наслідки - матеріальна шкода в розмірі 19 904 000 грн. Цю суму ОСОБА_1 використала на власний розсуд.

Апеляційний суд Полтавської області ухвалою від 28 лютого 2012 року вирок змінив: перекваліфікував дії ОСОБА_1 із частини другої статті 364 на частину другу статті 364^1 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) та призначив покарання за цей злочин - штраф у розмірі 17 000 грн із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, строком на один рік. Покарання, визначене за частиною другою статті 366 КК, залишив без змін.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій в установах та організаціях будь-якої форми власності, на один рік шість місяців.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 4 грудня 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

У заяві засуджена ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 грудня 2012 року та направити справу на новий касаційний розгляд. На її думку, підставами для такого рішення є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Засуджена вважає, що кваліфікуюча ознака - тяжкі наслідки - одночасно була застосована до обох складів злочину, хоча тяжкі наслідки - поставка товару іншої якості та в меншому обсязі - є наслідком іншого тяжкого злочину - зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (частина друга статті 364^1 КК, у редакції від 7 квітня 2011 року). Службове підроблення (стаття 366 КК) не мало прямого (безпосереднього) причинного зв'язку між діями ОСОБА_1 і тяжкими наслідками. Унесення в офіційні документи завідомо неправдивих відомостей не потягло безпосередньо тяжких

наслідків, а стало способом зловживання повноваженнями з метою отримання неправомірної вигоди, що і становило ідеальну сукупність злочинів.

На обґрунтування заяви автор посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2012 року щодо ОСОБА 1, ОСОБА 2. У цій справі Красногвардійський районний суд Автономної Республіки Крим вироком від 15 лютого 2012 року ОСОБУ 1 засудив за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 212, частиною другою статті 364^{1}, частиною другою статті 366, статтею 219 КК. Апеляційний суд Автономної Республіки Крим, погодившись із кваліфікацією злочинів, своїм вироком від 17 травня 2012 року скасував вирок місцевого суду лише в частині призначеного покарання й призначив нове покарання.

Суд касаційної інстанції змінив вирок Апеляційного суду Автономної Республіки Крим і перекваліфікував дії ОСОБА 1 з частини другої на частину першу статті 366 КК. Своє рішення суд мотивував тим, що тяжкі наслідки у вигляді несплачених до бюджету податків були результатом ухилення винної особи від їх сплати, а не наслідком службового підроблення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви із наведеного в ній обґрунтування, перевірила матеріали кримінальної справи, обговорила доводи, зазначені в заяві, й додані до неї матеріали та встановила таке.

1. Зіставлення фактичних обставин суспільно небезпечного діяння, передбаченого частиною другою статті 366 КК, за вчинення якого засуджено ОСОБА_1, з фактичними обставинами діяння, щодо якого висловлена (виражена) правова позиція касаційного суду в рішенні, наданому для порівняння, дають підстави стверджувати, що вони подібні між собою за рядом ознак, характерних для цього складу злочину. Водночас ці діяння отримали різну правову оцінку - були кваліфіковані як злочини за різними частинами статті 366 КК.

Відмінність у застосуванні норми закону про кримінальну відповідальність до зазначених, відповідно, в оспореному і порівнюваному судових рішеннях фактичних обставин суспільно небезпечних діянь дозволяє провадити перегляд справи по суті заявлених у зверненні вимог на предмет законності та обґрунтованості оспореного рішення (підстава: пункт 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК) - неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень).

2. Відповідно до положень статті 400^{11}, пункту 1 частини першої статті 400^{12}, частини першої статті 400^{21}, частин першої та другої статті 400^{22} КПК перегляд оспореного рішення провадиться з огляду на ті фактичні обставини справи, які були встановлені й визнані доведеними судом першої інстанції, з дійсністю, достатністю та достовірністю яких погодився суд касаційної інстанції.

3. Характерними особливостями основного складу злочину, передбаченого частиною першою статті 366 КК, є те, що склад цього злочину формальний, тобто злочин визнається закінченим із моменту вчинення зазначених у диспозиції чотирьох видів дій: а) складання службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів; б) видача службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів; в) внесення службовою особою до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей; г) інше підроблення службовою особою офіційних документів. Мотив і мета не є обов'язковими ознаками цього складу злочину, але, залежно від конкретних мотивів і, що головне, мети його скоєння, можуть мати інше кримінально-правове значення, отримати інакшу кримінальну-правову оцінку (наприклад, кваліфікуватися як готування до вчинення іншого, здебільш більш тяжкого, злочину). Особливістю цього діяння є й те, що норма закону (стаття 366 КК) не передбачає кримінальної відповідальності за наступне використання підроблених офіційних документів.

Частиною другою статті 366 КК передбачена кримінальна відповідальність за вчинення зазначених видів службового підроблення, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, визначення яких дається у примітці до статті 364 КК, - матеріальні збитки, що у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян. Кримінальна відповідальність за цей злочин настає у разі, коли службове підроблення призвело до спричинення реальної майнової шкоди і ця шкода перебуває у прямому (безпосередньому) причинному зв'язку (зв'язку взаємозалежності) саме із службовим підробленням.

Шкода охоронюваним законом інтересам заподіюється, як правило, не самим по собі підробленням офіційних документів, а внаслідок використання їх. Використання підроблених офіційних документів, як зазначено вище, не є конструктивною ознакою службового підроблення, тому визначення (встановлення) причинного зв'язку між службовим підробленням та тяжкими наслідками залежить від того, ким саме - іншою особою чи самим підробником, в якому значенні, з якою метою використовуються ці документи. Якщо підроблені офіційні документи використовує особа, що їх підробила, як засіб (спосіб, умови) скоєння іншого злочину, у часі підробила їх раніше, усвідомлює, як правило, що підроблення документів є етапом (частиною) злочинної поведінки чи необхідною дією для скоєння іншого посягання, внаслідок чого буде досягнуто кінцевої мети всієї злочинної поведінки, то таке службове підроблення не може (не повинно) кваліфікуватись як таке, що спричинило тяжкі наслідки.

Інша кримінально правова-оцінка цього діяння за описаних умов суперечитиме принципам законності, точності, об'єктивності, повноти та неприпустимості подвійного ставлення за провину скоєння одних і тих самих дій чи наслідків, оскільки призведе до інкримінування особі суспільно небезпечних наслідків, спричинення яких не охоплювалися її умислом і які у процесі цілеспрямованої злочинної поведінки об'єктивно не могли настати. Адже зрозуміло, що частина злочинної поведінки не може бути причиною

наслідку, настання якого залежить від здійснення всієї злочинної поведінки, особливо від учинення того діяння, завдяки якому винна особа досягає своєї злочинної мети й спричиняє реальну шкоду.

4. У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що засуджена під впливом корисливого мотиву з метою отримання неправомірної вигоди вчинила службове підроблення, а потім, зловживаючи службовими повноваженнями директора товариства, використала їх за призначенням і таким чином реалізувала злочинний намір, наслідком якого стало спричинення державі майнової шкоди на означену в судових рішення суму.

Із відображеної в судових рішеннях хронології та послідовності дій засудженої висновується, що задум ОСОБА_1 отримати неправомірну вигоду передбачав скоєння сукупності злочинів, одним з яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало зловживанню службовими повноваженнями, кримінальна відповідальність за яке передбачена статтею 364^1 КК. Саме по собі підроблення зазначених у вироку офіційних документів не спричинило будь-якої шкоди. Використовувати підроблені документи мала сама засуджена, тобто особа, яка їх підробила; призначення цих документів - бути засобом скоєння іншого (наступного) злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів.

Злочинний результат - тяжкі наслідки, які мають кваліфікуюче значення, настали після виконання об'єктивної сторони наступного (кінцевого) злочину.

Наведені судження у своїй сукупності дають підстави констатувати, що у тому разі, коли службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені (сфальсифіковані) нею офіційні документи як засіб (спосіб, умови тощо) для скоєння іншого злочину, коли суспільно небезпечні наслідки настають після вчинення діяння, якому службове підроблення було засобом (способом, умовами) його скоєння, то інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому (безпосередньому) причинному зв'язку із службовим підробленням. Понад те, таке ставлення за провину призводитиме до покладення на особу подвійної відповідальності за одні й ті самі наслідки, що є неприпустимим.

5. У судовому рішенні касаційного суду, наданого для порівняння, фактичні обставини діяння, передбаченого статтею 366 КК, як зазначено вище, подібні до фактичних обставин справи, щодо яких ухвалено оспорене рішення, і на відміну від оспореного рішення отримали протилежну кримінально-правову оцінку, правильність якої обстоює в своїй заяві засуджена ОСОБА_1.

Нормативне тлумачення статті 366 КК у взаємозв'язку з конкретним змістом фактичних обставин справи, правильність практики застосування цієї норми закону в контексті інших подібних фактичних даних справи, правова позиція Верховного Суду України, висловлена раніше щодо подібних кримінальних правовідносин (постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року, справа №5-18 кс 11 стосовно Лебедєва С.М.; постанова Верховного Суду України від 7 лютого 2012 року, справа № 5-31 к 12 стосовно

Руденко Л.А.) переконують у помилковості висновків суду касаційної інстанції, який погодився з правильністю кваліфікації дій засудженої за частиною другою статті 366 КК, і водночас зобов'язують скасувати це рішення як незаконне.

6. Відповідно до статті 400^{22} КПК, у разі визнання судового рішення касаційного суду незаконним Верховний Суд України скасовує його і постановляє нове рішення із зазначенням висновку про те, як саме має застосовуватися конкретна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Однак, якщо виходити із системного розуміння норм процесуального закону, яким регламентується порядок перегляду справи Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, оскільки для його постановлення необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено.

З огляду на викладене Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України вимушена ухвалити найприйнятніше рішення, можливе для задоволення заяви засудженої і забезпечення захисту її права на законне та справедливе судове рішення, - скасувати оскаржену ухвалу касаційного суду і направити справу на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи належить провести з урахуванням вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділ XI „Перехідні положення" Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженої ОСОБА_1 задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справи від 4 грудня 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 червня 2013 року у справі № 5-20кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було способом вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами, що спричинило тяжкі наслідки)

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у шахрайському заволодінні кредитними коштами, перебували у причинному зв'язку саме з невиконанням зобов'язання через неповернення кредиту та відсотків за його користування і відсутність забезпечення повернення зазначених коштів. Цьому діянню передувало службове підроблення документів, яке саме по собі не могло спричинити тяжких наслідків, передбачених у пункті 4 примітки статті 364 Кримінального кодексу України, а було лише способом вчинення винуватим шахрайства з фінансовими ресурсами і виявилось у наданні банківським установам завідомо неправдивої інформації з метою одержання кредитів.

Правова оцінка діянь, вчинених винуватим, дає підстави для висновку, що суд касаційної інстанції в оспорюваному рішенні норму кримінального закону застосував неправильно.

(Витяг)

Вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 лютого 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості відповідно до статті 89 Кримінального кодексу України, засуджено за: частиною другою статті 222 Кримінального кодексу України до штрафу в розмірі 51 000 грн у дохід держави з позбавленням права обіймати посади, пов′язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки; частиною другою статті 366 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов′язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на один рік шість місяців; частиною першою статті 209 Кримінального кодексу України до позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов′язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки шість місяців із конфіскацією коштів, одержаних злочинним шляхом.

На підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів остаточно визначено покарання – три роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов′язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки шість місяців із конфіскацією коштів, одержаних злочинним шляхом.

На підставі статті 75 Кримінального кодексу України ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком два роки та з покладенням на нього певних обов'язків відповідно до статті 76 Кримінального кодексу України.

ОСОБА_1 визнано винним і засуджено за те, що він, обіймаючи посаду голови та будучи одночасно засновником СФГ «Рідний край» у с.Кип′ячка Тернопільського району Тернопільської області, як службова особа суб'єкта господарської діяльності умисно з корисливих мотивів та всупереч інтересам

ОСОБА_2 22 квітня 2003 року з метою незаконного одержання кредиту (кредитний договір № 7 від 22 квітня 2003 року) на суму 20 000 грн терміном на два роки надав у цей банк у заставу під забезпечення договору про надання кредиту млин «МДБ-6» (який 27 листопада 2002 року був заставлений ОСОБА_1 під забезпечення надання іншої кредитної лінії у кредитній спілці «Гарант» м. Тернополя та який пізніше був реалізований державною виконавчою службою м. Тернополя в рахунок погашення боргу перед кредитною спілкою «Гарант»). Такими діями ОСОБА_1, зокрема внаслідок неповернення кредиту та відсотків за його користування й відсутності забезпечення повернення зазначених коштів, ОСОБА_2 була заподіяна велика матеріальна шкода на загальну суму 21 588 грн 53 коп.

Крім того, між ОСОБА_3 та СФГ «Рідний край» в особі голови та засновника ОСОБА_1 26 грудня 2003 року було укладено договір кредиту № 12, згідно з яким установою банку вказаному СФГ надано кредит у розмірі 25 000 грн для проведення розрахунків за пшеницю у строк до 24 грудня 2004 року зі сплатою за користування кредитом 24 % річних.

26 грудня 2003 року для забезпечення кредитного договору між ТзОВ «Аваль», засновником та директором якого також є ОСОБА_1, та ОСОБА_3 було укладено договір застави, відповідно до якого установі банку передано в заставу належні ТзОВ «Аваль» вантажно-бортовий автомобіль «ГАЗ-5327» та трактор колісний «МТЗ-82», 1996 року випуску, які 6 лютого 2003 року вже були передані в заставу кредитній спілці «Хлібодар» для забезпечення іншого кредиту. У цьому договорі ОСОБА_1 повторно подав завідомо неправдиву інформацію про те, що зазначене майно не є заставним забезпеченням інших зобов'язань, не перебуває під арештом та заставою.

Вказаний кредит позичальником ОСОБА_3 не повернуто, заборгованість якого становить 24 496 грн. Кошти, які отримував у кредит, ОСОБА_1 витратив для ведення сільського господарства.

В апеляційному порядку справа не переглядалася.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 18 грудня 2012 року касаційну скаргу заступника прокурора Тернопільської області задовольнив. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 13 лютого 2012 року щодо ОСОБА_1 скасовано в частині засудження його за частиною першою статті 209 Кримінального кодексу України, а справу в цій частині закрито на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року за відсутністю в його діях складу злочину.

На підставі статті 70 Кримінального кодексу України постановлено вважати ОСОБА_1 засудженим за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 222 Кримінального кодексу України, частиною другою статті 366 Кримінального кодексу України, на два роки позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на два роки.

На підставі статті 75 Кримінального кодексу України ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком два

роки та з покладенням на нього певних обов'язків відповідно до статті 76 Кримінального кодексу України.

У заяві, поданій у строк, встановлений частиною другою статті 400^{14} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ заступник Генерального прокурора України порушив питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 грудня 2012 року щодо ОСОБА_1 з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На обґрунтування своїх вимог заступник Генерального прокурора України зазначає, що підроблення ОСОБА_1 документів було способом вчинення ним іншого злочину – шахрайства з фінансовими ресурсами, а тому дії засудженого ОСОБА_1 слід кваліфікувати за частиною першою статті 366 Кримінального кодексу України, оскільки тяжкі наслідки настали не від підроблених документів, а внаслідок неповернення кредиту.

При цьому заступник Генерального прокурора України посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 лютого 2013 року, якою вирок Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 23 грудня 2010 року щодо ОСОБА_2.1 змінено: його дії перекваліфіковано з частини другої на частину першу статті 366 Кримінального кодексу України, оскільки підроблення ОСОБА_2.1 документів було способом отримання кредиту, а наслідки від несплати суми кредиту настали не в результаті службового підроблення, вчиненого ОСОБА_2.1, а внаслідок неповернення цих коштів до філіалу банку.

Заступник Генерального прокурора України зазначає, що вчинені суспільно небезпечні діяння ОСОБА_1 та ОСОБА_2.1 за своєю суттю є подібними, однак кваліфіковані за різними статтями кримінального закону і кожна із цих кваліфікацій у двох справах була визнана судом касаційної інстанції як правильна.

Просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 грудня 2012 року щодо ОСОБА_1, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді Верховного Суду України Косарєва В.І., пояснення прокурора, який підтримав заяву, перевірила матеріали кримінальної справи та доводи, зазначені в заяві, ознайомилась із науковими висновками у справі та дійшла висновку про таке.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального

закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду справи щодо ОСОБА_1 є неоднакова правова оцінка судом касаційної інстанції суспільно небезпечних наслідків злочину, передбаченого статтею 366 Кримінального кодексу України, а саме: за яких фактичних обставин службове підроблення належить кваліфікувати як таке, що спричинило тяжкі наслідки, а за яких – без урахування таких наслідків.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України звертає увагу на те, що з приводу порушеного питання Верховний Суд України неодноразово висловлював свою правову позицію про те, що для визнання вини особи, яка вчинила службове підроблення, у спричиненні її діями тяжких наслідків, визначення яких міститься у пункті 4 примітки до статті 364 Кримінального кодексу України, необхідно, щоб такі наслідки перебували у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними у диспозиції частини першої статті 366 Кримінального кодексу України (ухвала Верховного Суду України від 30 жовтня 2008 року у справі № 5-3895к08 щодо В.; постанова Верховного Суду України від 19 грудня 2011 року у справі № 5-18 кс 11 щодо Л.; постанова Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року у справі № 5-31 к12 щодо Р.; постанова Верховного Суду України від 21 березня 2013 року у справі № 5-2 кс13 щодо А.).

Відповідно до статті 400^{25} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що матеріальні наслідки, які полягають у шахрайському заволодінні кредитними коштами, перебували у причинному зв'язку саме з невиконанням зобов'язання через неповернення кредиту та відсотків за його користування і відсутність забезпечення повернення зазначених коштів. Цьому діянню передувало службове підроблення документів, яке саме по собі не могло спричинити тяжких наслідків, передбачених у пункті 4 примітки до статті 364 Кримінального кодексу України, а було лише способом вчинення ОСОБА_1 шахрайства з фінансовими ресурсами і виявилось у наданні банківським установам завідомо неправдивої інформації з метою одержання кредитів.

У рішенні, яке надано для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння подібні до діяння, інкримінованого ОСОБА_1, і отримали кримінально-правову оцінку за частиною першою статті 366 Кримінального кодексу України.

Правова оцінка діянь, вчинених ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння, встановленого у наданому судовому

рішенні для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції в оспорюваному рішенні норму кримінального закону застосував неправильно.

За таких обставин оспорене рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 належить визнати незаконним і таким, що підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, оскільки відповідно до положень статті 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року іншого способу усунення виявленого Верховним Судом України неоднакового застосування норми кримінального закону не передбачено.

Новий касаційний розгляд справи належить здійснити у повній відповідності з чинним законодавством.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{21}, 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 грудня 2012 року щодо ОСОБА_1, за винятком рішення про закриття справи за частиною першою статті 209 Кримінального кодексу України на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 жовтня 2013 року у справі № 5-27кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання повноваженнями службової особи, що спричинило тяжкі наслідки)

У кримінальній справі щодо винуватого встановлено, що засуджений з корисливого мотиву та з метою отримання неправомірної вигоди вчинив службове підроблення, а потім, зловживаючи службовими повноваженнями сільського голови, використав їх за призначенням і таким чином реалізував злочинний намір, наслідком якого стало спричинення державі майнової шкоди на зазначену в судових рішеннях суму.

Беручи до уваги послідовність дій засудженого, його задум отримати неправомірну вигоду передбачав вчинення сукупності злочинів, одним з

яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало зловживанню службовими повноваженнями, кримінальна відповідальність за яке передбачена частиною другою статті 364 КК. Підроблені документи засуджений використав особисто як засіб вчинення іншого злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів. Отже, наслідки не перебували у прямому причинному зв'язку із службовим підробленням.

Зазначене вище свідчить про помилковість висновків суду касаційної інстанції, який погодився з правильністю кваліфікації дій винуватого за частиною другою статті 366 КК, і вказує на незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду.

(Витяг)

Вироком Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 3 березня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженця та мешканця ІНФОРМАЦІЯ_2, громадянина України, раніше не судимого, засуджено: за частиною другою статті 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, строком на два роки; за частиною другою статті 366 КК до позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, строком на один рік.

На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, строком на два роки.

За вироком суду ОСОБА_1 визнано винуватим та засуджено за те, що він у період часу з 2006 року по 2007 рік, перебуваючи на посаді ІНФОРМАЦІЯ_3, будучи службовою особою, зловживаючи своїм службовим становищем, діючи умисно, всупереч інтересам служби, в особистих інтересах та в інтересах третіх осіб, на порушення вимог пункту «б» частини першої статті 12, статті 118 Земельного кодексу України, пункту 34 частини першої статті 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» склав, підписав, скріпив печаткою та видав завідомо неправдиві рішення сесії ІНФОРМАЦІЯ_3, які на засіданні сесії не приймалися. На підставі цих неправдивих рішень було незаконно вилучено 18,4015 га земель ІНФОРМАЦІЯ_3 сільської ради загальною вартістю 213786,5 гривень.

Ухвалою колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ апеляційного суду Хмельницької області від 5 червня 2012 року вирок місцевого суду змінено: на підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком на один рік. У решті вирок залишено без зміни.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від

31 січня 2013 року рішення апеляційного суду щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 31 січня 2013 року щодо ОСОБА_1 і направити справу на новий касаційний розгляд. Вважає, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував одну і ту саму норму кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку прокурора, оскільки за встановлених обставин між вчиненим засудженим службовим підробленням та наслідками, зазначеними у вироку, відсутній прямий зв'язок, дії ОСОБА_1 слід кваліфікувати не за частиною другою, а за частиною першою статті 366 КК. Наполягає на тому, що саме по собі службове підроблення, яке передувало зловживанню службовим становищем, не могло спричинити тяжкі наслідки.

На обґрунтування своєї позиції прокурор послався на правові висновки ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 березня 2013 року у справі щодо ОСОБА_2, в якій касаційний суд дійшов висновку, що тяжкі наслідки у виді незаконного відчуження майна настали не в результаті службового підроблення документів, а внаслідок зловживання засудженим службовим становищем. Дії ОСОБА_2 були перекваліфіковані з частини другої статті 366 КК на частину першу статті 366 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви, засудженого ОСОБА 1, який просив заяву залишити без задоволення, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи і дійшла до висновку, що заява підлягає задоволенню з огляду на таке.

Вирішивши питання про наявність ознак подібності суспільно небезпечних діянь, щодо яких касаційним судом постановлені оскаржувана ухвала та ухвала, що додана для порівняння, Судова палата вбачає неоднакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо цих діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду даної справи є неоднакова позиція суду касаційної інстанції щодо кримінальної відповідальності за службове підроблення, якщо воно спричинило тяжкі наслідки.

Верховний Суд України неодноразово висловлював правову позицію щодо подібних кримінальних правовідносин, зокрема у постановах від 19 грудня 2011 року в справі № 5-18кс11 щодо ОСОБА_3, від 7 лютого 2012 року в справі № 5-31к12 щодо ОСОБА_4, від 21 березня 2013 року в справі № 5-2кс13 щодо ОСОБА_5, від 20 червня 2013 року в справі № 5-18кс13 щодо ОСОБА_6. Вона полягає у тому, що у разі, коли службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені нею офіційні документи як засіб для вчинення іншого злочину, коли суспільно-небезпечні наслідки

настають після вчинення діяння, в якому службове підроблення було засобом його вчинення, інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому причинному зв'язку зі службовим підробленням.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що засуджений з корисливого мотиву з метою отримання неправомірної вигоди вчинив службове підроблення, а потім, зловживаючи службовими повноваженнями сільського голови, використав їх за призначенням і таким чином реалізував злочинний намір, наслідком якого стало спричинення державі майнової шкоди на зазначену в судових рішеннях суму.

Виходячи із послідовності дій засудженого, його задум отримати неправомірну вигоду передбачав вчинення сукупності злочинів, одним з яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало зловживанню службовими повноваженнями, кримінальна відповідальність за яке передбачена частиною другою статті 364 КК. Підроблені документи засуджений використав особисто як засіб вчинення іншого злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів. Отже, наслідки не перебували у прямому причинному зв'язку із службовим підробленням.

У судовому рішенні касаційного суду, наданому для порівняння, подібні суспільно небезпечні дії отримали іншу кримінально-правову оцінку.

Зазначене вище свідчить про помилковість висновків суду касаційної інстанції, який погодився з правильністю кваліфікації дій ОСОБА_1 за частиною другою статті 366 КК, і вказує на незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду.

Враховуючи те, що відповідно до положень норм процесуального закону, якими регламентується порядок перегляду справ Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, для постановлення якого необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено, ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 31 січня 2013 року щодо ОСОБА_1 підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400-12, 400-20, 400-21 і 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 31 січня

2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2015 року у справі № 5-37кс14

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як службового підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, яке було засобом зловживання службовою особою владою і службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки)

У разі, коли службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені нею офіційні документи як засіб для вчинення іншого злочину, коли суспільно небезпечні наслідки настають після вчинення діяння, у якому службове підроблення було засобом його вчинення, інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому причинному зв'язку зі службовим підробленням.

Беручи до уваги послідовність дій засудженого, його задум отримати неправомірну вигоду передбачав вчинення сукупності злочинів, одним з яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало зловживанню владою і службовим становищем. Підроблені документи засуджений використав особисто як засіб вчинення іншого злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів. Отже, тяжкі наслідки, які мають кваліфікуюче значення, не перебували у прямому причинному зв'язку зі службовим підробленням, вони настали після виконання об'єктивної сторони наступного злочину.

Зазначене вище свідчить про неправильність висновків суду касаційної інстанції щодо застосування частини другої статті 366 КК і вказує на незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду в цій частині.

(Витяг)

Косівський районний суд Івано-Франківської області вироком від 23 серпня 2013 року визнав ОСОБА_1, ІНФОМАЦІЯ_1, ІНФОРМАЦІЯ_2, такого, що на підставі статті 89 Кримінального кодексу України (далі – КК) судимості не має, винним у вчиненні злочинів, передбачених частиною другою статті 28, частиною другою статті 364, частиною другою статті 28, частиною другою статті 366 КК, та призначив покарання:

- за частиною другою статті 28, частиною другою статті 364 КК у виді позбавлення волі на строк чотири роки і шість місяців з позбавленням права обіймати посади в органах місцевого самоврядування, пов'язані з виконанням

організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки;

- за частиною другою статті 28, статтею 366 КК у виді позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк один рік;

- за частиною першою статті 126 КК у виді громадських робіт на строк 100 годин.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки і шість місяців з позбавленням права обіймати посади в органах місцевого самоврядування, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк два роки.

На підставі частини п'ятої статті 74, пункту 1 частини першої статті 49 КК ОСОБА_1 звільнено від покарання, призначеного за частиною першою статті 126 КК, у зв'язку із закінченням строків давності.

Постановлено стягнути зі ОСОБА_1 на користь держави 3315 гривень 36 копійок судових витрат за проведення почеркознавчих експертиз.

Цим же вироком засуджено ОСОБА_2, ОСОБА_3 та ОСОБА_4, питання про перегляд судового рішення щодо яких у встановленому процесуальним законом порядку не порушувалося.

Суд визнав ОСОБА_1 винуватим та засудив за те, що він, обіймаючи посаду сільського голови ІНФОРМАЦІЯ_2, будучи службовою особою, вчинив зловживання владою і службовим становищем, що спричинило громадським інтересам тяжкі наслідки, за попередньою змовою групою осіб, а також службове підроблення, що спричинило тяжкі наслідки громадським інтересам, за попередньою змовою групою осіб, за наступних обставин.

У період із жовтня 2007 року по березень 2008 року ОСОБА_1, діючи умисно, в особистих інтересах та інтересах третіх осіб, використовуючи владу і службове становище всупереч інтересам служби, за попередньою змовою із землевпорядником ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_2, у порушення статей 116, 118, 119, 122 Земельного кодексу України, пункту 12 Перехідних положень Земельного кодексу України та статті 42 Закону України «Про місцеве самоврядування» з метою незаконного заволодіння і набуття у власність земельних ділянок, без розгляду на сесії сільської ради підписав, скріпив печаткою та видав завідомо неправдиві рішення ІНФОРМАЦІЯ_3, підписав фіктивну технічну документацію із землеустрою, а також підписав та скріпив печаткою державні акти на право власності на земельні ділянки: ОСОБА_5 площею 0,0602 га та 0,1498 га, ОСОБА_6 – 0,6476 га, 0,0529 га та 0,2302 га для ведення особистого селянського господарства, ОСОБА_7 – 2 га для ведення особистого селянського господарства та 0,25 га для будівництва і обслуговування житлового будинку. На підставі цих неправдивих документів із земель запасу ІНФОРМАЦІЯ_3 було незаконно вилучено земельні ділянки територіальної громади, чим заподіяно охоронюваним законом громадським інтересам шкоду на загальну суму 1 215 587 гривень, тобто спричинено тяжкі

наслідки.

Крім того, ОСОБА_1 у період із січня 2006 року по листопад 2009 року, використовуючи владу і службове становище всупереч інтересам служби, діючи з корисливих мотивів та в інтересах третіх осіб, у порушення наведених вище норм законодавства з метою незаконного заволодіння і набуття у власність земельних ділянок, без розгляду на сесії сільської ради підписав, скріпив печаткою та видав завідомо неправдиві рішення ІНФОРМАЦІЯ_3 про передачу у власність земельних ділянок громадянам, підписав фіктивну технічну документацію із землеустрою, а також підписав та скріпив печаткою державні акти на право власності на земельні ділянки: ОСОБА_8 площею 0,6328 га, ОСОБА_9 – 0,0825 га, ОСОБА_10 – 0,0881 та ОСОБА_11 – 0,1586 га, 0,1224 га для ведення особистого селянського господарства, а також ОСОБА_11 земельної ділянки площею 0,0931 га для будівництва та обслуговування житлового будинку. На підставі цих неправдивих документів із земель запасу ІНФОРМАЦІЯ_3 було незаконно вилучено земельні ділянки територіальної громади.

За аналогічних обставин ОСОБА_1 у період із листопада 2005 року по червень 2009 року за попередньою змовою зі спеціалістами-землевпорядниками ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_2, а пізніше – ОСОБА_4, використовуючи владу і службове становище всупереч інтересам служби, діючи з корисливих мотивів та в інтересах третіх осіб, у порушення тих самих норм законодавства з метою незаконного заволодіння і набуття у власність земельних ділянок, без розгляду на сесії сільської ради підписав, скріпив печаткою та видав завідомо неправдиві рішення ІНФОРМАЦІЯ_3 про передачу у власність земельних ділянок громадянам для ведення особистого селянського господарства, а також для будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд, підписав фіктивну технічну документацію із землеустрою, а також підписав та скріпив печаткою державні акти на право власності на земельні ділянки: ОСОБА_12 площею 0,1037 га та 0,2005 га, ОСОБА_13 – 0,7942 га, ОСОБА_14 – 0,1428 га, 0,0724 га, 0,0483 га, 0,1492 га та 0,1201 га, ОСОБА_15 – 0,1009 га, ОСОБА_16 – 1,0360 га, ОСОБА_17 – 0,1639 га та ОСОБА_18 – 0,1227 га на території ІНФОРМАЦІЯ_2. На підставі цих неправдивих документів із земель запасу ІНФОРМАЦІЯ_3 було незаконно вилучено земельні ділянки територіальної громади.

Усього внаслідок злочинних дій ОСОБА_1 охоронюваним законом інтересам громади ІНФОРМАЦІЯ_2 було заподіяно шкоду в розмірі 2 273 300 гривень, чим спричинено тяжкі наслідки.

Окрім наведеного, ОСОБА_1 5 лютого 2010 року приблизно об 11 годині у приміщенні будинку побуту по вул. Шевченка в ІНФОРМАЦІЯ_2 під час конфлікту, який виник на ґрунті неприязних відносин з ОСОБА_19, завдав останньому п’ять ударів руками в голову та грудну клітину, які завдали фізичного болю потерпілому і не спричинили тілесних ушкоджень.

Апеляційний суд Івано-Франківської області ухвалою від 5 грудня 2013 року вирок місцевого суду залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних

справ ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах від 7 серпня 2014 року зазначені рішення судів нижчих інстанцій щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

У заяві засуджений ОСОБА_1 порушує питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2014 року щодо нього з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Просить скасувати оскаржувану ухвалу щодо нього, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Зокрема, засуджений ОСОБА_1 порушує питання про неоднакове застосування частини другої статті 366 та частини другої статті 364 КК.

Обґрунтовуючи свої вимоги щодо неоднакового застосування частини другої статті 366 КК, засуджений зазначає, що цією нормою передбачено матеріальний склад злочину, при вчиненні якого службове підроблення спричиняє тяжкі наслідки. Для інкримінування особі настання від її дій певних наслідків необхідна наявність прямого, а не опосередкованого, причинного зв'язку між її діями і певними наслідками.

На думку засудженого, висновок судів про те, що від вчинення ним службового підроблення настали тяжкі наслідки, які передбачено пунктом 4 примітки до статті 364 КК, та які перебували у прямому причинному зв'язку саме з діями, зазначеними диспозицією частини першої статті 366 КК, є неправильним. Установлені в справі щодо нього матеріальні наслідки, вважає засуджений, перебували у причинному зв'язку саме зі зловживанням службовим становищем в особистих інтересах та інтересах інших осіб, наслідками якого стало незаконне вилучення земель. Службове підроблення ж було фактично способом вчинення іншого службового злочину.

На підтвердження неоднакового застосування судами касаційної інстанції цієї норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь за аналогічних обставин засуджений посилається на:

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2012 року;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 березня 2013 року;

- ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 травня 2013 року.

Наведеними рішеннями касаційного суду було змінено вироки судів нижчого рівня, перекваліфіковано дії відповідно ОСОБА_1, ОСОБА_6 та ОСОБА_1 із частини другої статті 366 КК на частину першу статті 366 КК.

ОСОБА_1 зазначає, що в цих рішеннях касаційний суд дійшов висновку, що службове підроблення було способом вчинення службового злочину,

наслідками якого стало відповідно ненадходження до державного бюджету коштів у великих розмірах, незаконне відчуження майна та ненадходження до місцевого бюджету коштів у великих розмірах. Також зауважив, що кваліфікація дій за ознакою спричинення тяжких наслідків ще й за частиною другою статті 366 КК порушує закріплений у частині третій статті 2 КК принцип, згідно з яким ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу.

На підтвердження своєї позиції ОСОБА_1 також посилається на висновки Верховного Суду України, викладені в рішеннях від 19 грудня 2011 року в справі № 5-18кс 11, від 7 лютого 2013 року в справі № 5-31кс 12, від 21 березня 2013 року в справі № 5-2кс 13, від 20 червня 2013 року в справі 5-18кс 13, від 17 жовтня 2013 року в справі № 5-27кс 13.

Наполягаючи на неоднаковому застосуванні частини другої статті 364 КК, засуджений стверджує, що земельні ділянки передавались у власність особам – жителям ІНФОРМАЦІЯ_2 області, які добросовісно, відкрито й безперервно користувалися ними протягом багатьох років й мали на них законні права. Указує на те, що вони самостійно зверталися до ІНФОРМАЦІЯ_3 із заявами про передачу земельних ділянок у власність. Свою позицію про відсутність заподіяння його діями тяжких наслідків обґрунтовує довідкою Держкомзему № 1605/10 від 4 грудня 2012 року, згідно з якою з січня 2006 року по січень 2010 року (час перебування його на посаді сільського голови) мало місце зменшення земель запасу ІНФОРМАЦІЯ_3 тільки на 0,1191 га.

На підтвердження неоднакового застосування судами касаційної інстанції зазначеної норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь за аналогічних обставин засуджений посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 серпня 2013 року щодо ОСОБА_1.

ОСОБА_1 було засуджено за те, що він, обіймаючи посаду сільського голови с. Крилос Галицького району Івано-Франківської області, зловживаючи своїм службовим становищем, підписав завідомо неправдиві витяги з рішень сесії Крилосівської сільської ради, зміст яких не відповідав фактично прийнятим рішенням у частині площ земельних ділянок, які надавались у приватну власність.

Галицький районний суд Івано-Франківської області у вироку від 30 грудня 2011 року, виходячи з того, що в результаті дій ОСОБА_1 земельні ділянки одержали у власність громадяни, які фактично користувалися ними протягом тривалого часу, й такі ділянки не перейшли у власність особам, які не мали на це права чи порушили правила, які стосуються історичних населених місць України, кваліфікував дії ОСОБА_1 за частиною першою статті 364 та частиною першою статті 366 КК через відсутність спричинення діями ОСОБА_1 тяжких наслідків.

Касаційний суд погодився з висновками суду першої інстанції та зауважив, що наслідком дій ОСОБА_1 стало надання ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_7, ОСОБА_5 та ОСОБА_6 у власність земельних ділянок із порушенням

установленого законом порядку більшої площі, ніж було фактично надано на підставі рішень сільської ради. Водночас зазначив, що незаконність вилучення земельних ділянок не стосувалася підстав для набуття на них права власності, передбачених нормами земельного законодавства. ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_7, ОСОБА_5 та ОСОБА_6 мали на земельні ділянки законні права, передбачені статтями 116, 119 Земельного кодексу України, які за будь-яких обставин мали бути реалізовані за умови дотримання встановленої законом процедури.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про задоволення заяви частково, який вважав, що ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2014 року щодо ОСОБА_1 підлягає скасуванню в частині засудження за частиною другою статті 28, частиною другою статті 366 КК з направленням справи у цій частині на новий касаційний розгляд, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи і дійшла до висновку, що заява підлягає задоволенню частково з огляду на зазначене нижче.

Вирішивши питання про наявність ознак подібності суспільно небезпечних діянь, щодо яких касаційний суд постановив оскаржувану ухвалу та ухвали, що додані для порівняння, Судова палата дійшла висновку про наявність неоднакового застосування норм закону про кримінальну відповідальність за службове підроблення, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, та за зловживання владою і службовим становищем, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, що дає змогу провадити перегляд справи по суті заявлених у зверненні вимог на предмет законності та обґрунтованості оспореного рішення.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що засуджений, діючи з корисливого мотиву, в особистих інтересах та інтересах третіх осіб, вчинив службове підроблення офіційних документів, а потім, зловживаючи владою і службовими повноваженнями сільського голови, використав їх за призначенням і таким чином реалізував злочинний намір, наслідком якого стало спричинення охоронюваним законом інтересам громади ІНФОРМАЦІЯ_2 майнової шкоди на зазначену в судових рішеннях суму. Наявність такої шкоди стало підставою для кваліфікації дій ОСОБА_1 за частиною другою статті 366 та частиною другою статті 364 КК, як службове підроблення, що спричинило тяжкі наслідки, та як зловживання владою і службовим становищем, що спричинило тяжкі наслідки, відповідно.

Однак у разі, коли службове підроблення вчиняється службовою особою, яка потім сама використовує підроблені нею офіційні документи як засіб для вчинення іншого злочину, коли суспільно-небезпечні наслідки настають після вчинення діяння, у якому службове підроблення було засобом його вчинення, інкримінувати спричинення таких наслідків водночас і як результат службового підроблення є неправильним, оскільки ці наслідки не перебувають у прямому причинному зв’язку зі службовим підробленням.

Таку правову позицію Верховний Суд України неодноразово висловлював

у постановах від 19 грудня 2011 року в справі № 5-18кс11 щодо ОСОБА_20, від 7 лютого 2013 року в справі № 5-31кс 12 щодо ОСОБА_21, від 21 березня 2013 року в справі № 5-2кс13 щодо ОСОБА_22, від 20 червня 2013 року в справі № 5-18кс13 щодо ОСОБА_23, від 20 червня 2013 року в справі № 5-20кс 13 щодо ОСОБА_24 та від 17 жовтня 2013 року в справі № 5-27кс 13 щодо ОСОБА_25

Виходячи із послідовності дій засудженого, його задум отримати неправомірну вигоду передбачав вчинення сукупності злочинів, одним з яких було службове підроблення. У часі це діяння фактично передувало зловживанню владою і службовим становищем. Підроблені документи засуджений використав особисто як засіб вчинення іншого злочину, який за способом, місцем, часом та характером дій, метою та умислом утворював зі службовим підробленням не єдиний злочин, а сукупність злочинів. Отже, тяжкі наслідки, які мають кваліфікуюче значення, не перебували у прямому причинному зв'язку зі службовим підробленням, вони настали після виконання об'єктивної сторони наступного злочину.

У судових рішеннях касаційного суду, наданих для порівняння, подібні суспільно небезпечні дії отримали іншу кримінально-правову оцінку.

Зазначене вище свідчить про неправильність висновків суду касаційної інстанції щодо застосування частини другої статті 366 КК і вказує на незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду в цій частині.

В оспорюваному рішенні суд касаційної інстанції погодився з висновками судів про те, що ОСОБА_1 було створено завідомо незаконні підстави для передачі у власність земельних ділянок громадянам та порушено процедуру для такої передачі, встановлену законом, а також визнав правильним кваліфікацію дій ОСОБА_1 за частиною другою статті 364 КК за кваліфікуючою ознакою спричинення тяжких наслідків, які полягали у завданні матеріальних збитків.

Відповідно до пункту 4 примітки до статті 364 КК тяжкими наслідками у статтях 364-367 КК, якщо вони полягають у завданні матеріальних збитків, вважаються такі наслідки, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподаткований мінімум доходів громадян.

Матеріальні збитки, які спричинені ОСОБА_1 шляхом зловживання владою і службовим становищем, перевищують зазначений у наведеній нормі розмір.

В ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 серпня 2013 року касаційний суд дійшов висновку, що наслідком дій ОСОБА_1 стало надання ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_7, ОСОБА_5 та ОСОБА_6 у власність земельних ділянок із порушенням установленого законом порядку – більшої площі, ніж було фактично надано на підставі рішень сільської ради. Разом із тим, незаконність вилучення земельних ділянок не стосувалася підстав для набуття на них права власності, передбачених нормами земельного законодавства. ОСОБА_3, ОСОБА_4, ОСОБА_7, ОСОБА_5 та ОСОБА_6 мали на земельні ділянки законні права, передбачені статтями 116, 119 Земельного кодексу України, які за будь-яких обставин мали бути реалізовані за умови дотримання встановленої законом процедури. Таким

чином, суд касаційної інстанції погодився з висновками судів про те, що діями ОСОБА_1 не було завдано матеріальних збитків.

За таких обставин при певній подібності суспільно небезпечних діянь у рішенні, яке переглядається, та рішенні, наданому для порівняння, ці діяння обґрунтовано отримали різну правову оцінку: в діях ОСОБА_1 встановлено кваліфікуючу ознаку статті 364 КК «спричинення тяжких наслідків» у зв'язку з тим, що незаконність вилучення земельних ділянок стосувалася як підстав для набуття на них права власності, так і порушення установленого законом порядку; в діях ОСОБА_1 (у наданому для порівняння рішенні) така ознака відсутня з огляду на те, що вилучення земельних ділянок стосувалося лише порушення установленого законом порядку.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення в оспореному рішенні було зроблено правильний висновок про наявність у діях ОСОБА_1 ознак злочину, передбаченого частиною другою статті 364 КК.

Що стосується прохання ОСОБА_1 про визнання довідки Держкомзему № 1605/10 від 4 грудня 2012 року про зменшення земель запасу ІНФОРМАЦІЯ_3 за час перебування його на посаді сільського голови тільки на 0,1191 га як доказу його невинуватості у вчиненні злочину, передбаченому частиною другою статті 364 КК, то це прохання не відповідає вимогам кримінально-процесуального закону. Фактично тим самим засуджений просить переоцінити зібрані у справі докази, проте Верховний Суд України, як суд права, не має таких повноважень.

Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених кримінально-процесуальним законом. Підставою для перегляду ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2014 року щодо ОСОБА_1 є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (частини другої статті 366, частини другої статті 364 КК).

Ураховуючи те, що відповідно до положень норм процесуального закону, якими регламентується порядок перегляду справ Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, для постановлення якого необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволено законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено, ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2014 року щодо ОСОБА_1 підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Керуючись пунктом 15 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400-12, 400-20, 400-21 і 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_1 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 серпня 2014 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 травня 2012 року у справі № 5-11кс12

(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, старшого контролера-ревізора)

Винуватий (як ревізор) використав повноваження своєї посади, тобто він розумів, не міг не розуміти, що в даному конкретному випадку проводить службову перевірку, використовує свої повноваження, і після того, як у процесі цієї перевірки виявив негативні наслідки та повідомив про них особу, діяльність якої перевіряв, одержує від неї обумовлену незаконну винагороду за ненастання цих наслідків, а особа, що її дала, у свою чергу, усвідомлювала значення і призначення цієї винагороди.

Отже, наведені у заяві захисника винуватого твердження про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

(Витяг)

Вироком Звенигородського районного суду Черкаської області від 14 жовтня 2010 року ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що немає судимості, засуджено за ч. 1 ст. 368 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади в контрольно-ревізійних органах України строком на два роки.

ОСОБА_3 визнано винуватим у тому, що він, як старший контролер-ревізор ІНФОРМАЦІЯ_2, у складі ревізійної групи проводив планову документальну ревізію фінансово-господарської діяльності ІНФОРМАЦІЯ_3 і під час проведення якої 23 січня 2009 року одержав від ОСОБА_5 500 доларів США хабара за не відображення в акті ревізії виявлених порушень, допущених ОСОБА_5 у ході проведення ремонтних робіт приміщень ІНФОРМАЦІЯ_4 у 2007 році.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Черкаської області від 8 лютого 2011 року вирок залишено без зміни.

Зазначений вирок щодо ОСОБА_3 за наслідками касаційного розгляду залишено без зміни.

У заяві, з доповненнями до неї, захисник ОСОБА_4 просить скасувати ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року, а справу – закрити відповідно до пункту 2 частини 1 статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України за відсутністю в діях ОСОБА_3 складу злочину, передбаченого частиною 1 статті 368 Кримінального кодексу України. Вважає, що у порівнянні із наданим нею судовим рішенням в іншій справі, суд касаційної інстанції по іншому застосував закон і помилково визнав ОСОБА_3 суб'єктом інкримінованого йому злочину, не встановив мотив, мету, характер учинених дій, їх наслідки та наявність причинного зв'язку.

Як на приклад неоднаковості у правозастосуванні, захисник ОСОБА_4 послався на ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, якою залишено без зміни ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Одеської області від 26 квітня 2007 року. Цим рішенням апеляційний суд, як видно з його змісту, не погодився з висновками суду першої інстанції і визнав отримання 1000 грн. від Особи_2 не як хабар за використання повноважень майстра дільниці групи приладів обліку ІНФОРМАЦІЯ_5, а як плату за виконання робіт, пов'язаних з підключенням його будинку до зовнішньої електромережі напругою 380 В. На думку заявниці, обставини справи щодо ОСОБИ_1 подібні до обставин діяння, яке поставлено у вину ОСОБА_3, оскільки виявлена в останнього сума грошей, була не хабаром, а платою за надання ним, як інженером будівельником допомоги у складанні проекту документів для виконання ремонтно-будівельних робіт у майбутньому.

Заслухавши доповідь судді – доповідача, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви у зв'язку з відсутністю неоднакового застосування судами касаційної інстанції норм кримінального закону, перевіривши матеріали справи обговоривши вимоги заяви, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку про таке.

Згідно із статтею 400-11 КПК України Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального Кодексу України підставами для перегляду судових рішень Верховним Судом України одночасно мають бути наявними: неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права при розгляді двох і більше справ; суспільно небезпечні діяння мають бути подібними; мають бути ухвалені різні за змістом судові рішення.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону – це різне, відмінне, несхоже тлумачення, розуміння точного змісту (суті) норми кримінального закону.

Під подібними суспільно небезпечними діяннями належить розуміти два і більше різні (не менше двох), але схожі між собою суспільно небезпечні діяння,

тобто такі суспільно небезпечні діяння, які мають спільні риси, ознаки (схожі за суб'єктним складом, за об'єктивною стороною, формою вини, наслідками тощо).

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА_3 за викладених обставин у зв'язку з виконанням обов'язків ревізора одержав хабар за вчинення певних дій в інтересах особи, яка його дала. Тобто встановлено, що одержання ОСОБА_3 грошей перебувало у причинному зв'язку саме з виконанням ним службових повноважень ревізора.

У рішенні, яке порівнюється, за обставинами справи ОСОБА_1 одержала гроші не у зв'язку з виконанням нею обов'язків майстра дільниці, а як плату за виконання виключно фахових робіт, пов'язаних із підключенням будинку до мережі високої напруги.

Таким чином, порівняння висновків у зазначених судових рішеннях дає підстави стверджувати, що, хоча й обіймані посади ОСОБА_3 та ОСОБИ_1 є службовими посадами, проте у справі, рішення, яке оспорюється, ОСОБА_3, на відміну від ОСОБИ_1 у справі, рішення яке порівнюється, використав повноваження своєї посади, тобто він розумів, не міг не розуміти, що в даному конкретному випадку проводить службову перевірку, використовує свої повноваження, і після того, як у процесі цієї перевірки виявив негативні наслідки та повідомив про них особу, діяльність якої перевіряв, одержує від неї обумовлену незаконну винагороду за ненастання цих наслідків, а особа, що її дала, в свою чергу усвідомлювала значення і призначення цієї винагороди.

Отже, наведені у заяві захисника ОСОБА_4 твердження про те, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є безпідставними.

На підставі наведеного та керуючись статтями 400-21, 400-23, 400-24 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

у задоволенні заяви захисника ОСОБА_4 в інтересах засудженого ОСОБА_3 відмовити.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом другим частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 року у справі № 5-28кс13

(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, начальника юридичного відділу апарату районної державної адміністрації, а також правильного розуміння відмінностей між одержанням хабара та заволодінням чужим майном у шахрайський спосіб)

Кваліфікація діяння за ознаками одержання хабара (основний склад злочину, передбачений статтею 368 КК) завжди потребує встановлення: спеціального суб'єкта злочину – службової особи, визначення якої міститься у примітці статті 364 КК; предмета злочину – будь-якої матеріальної вигоди; способу одержання хабара, який може бути будь-яким; причинного зв'язку між незаконною винагородою та згодою (прийняттям пропозиції) службової особи використати свої службові повноваження чи становище; залежності між оплаченим хабарем, результатом та спроможністю і/або реальним застосуванням або ж незастосуванням службових повноважень чи можливостей суб'єкта злочину.

Із поєднання та оцінки фактичних обставин в сукупності висновується, що винуватий як представник влади пред'явив незаконну вимогу дати йому хабар за виконання дій, що належали до його службових повноважень, яку той, кому вона була адресована, вимушено її виконав. Такі дії охоплюються диспозицією частини другої статті 368 КК, у зв'язку з чим правові висновки касаційного суду, який погодився із зазначеною правовою оцінкою цього діяння, є правильними та законними.

Попри видиму схожість із діями винуватого, одержання головою селищної ради грошей не було розцінено як злочин у сфері службової діяльності, оскільки ці гроші опинилися у нього не через протиправне використання ним своїх службових повноважень, а тому що він умисно приховав від потерпілих недійсність (несправжність) виготовлених ним документів і, видаючи їх за достовірні, шляхом обману заволодів ними. З наведеного випливає, що коли службова особа має умисел на заволодіння чужим майном шляхом обману і для цього вчиняє дії, які за зовнішнім проявом схожі з тими, що належать до кола її службових повноважень, наслідком чого стало прийняття завідомо неправдивих і таких, що не породжували жодних правових наслідків, документів, які були призначені тільки для того, щоб переконати потерпілих у достовірності обману, то такі дії самі по собі, попри їх схожість із протиправним використанням службових повноважень, не утворюють злочину у сфері службової діяльності.

(Витяг)

Вироком Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 1 жовтня 2010 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, засуджено за частиною другою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) (у редакції Закону України від 11 червня 2009 року № 1508-IV) із застосуванням статті 69 КК до позбавлення волі на строк один рік із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на строк один рік з конфіскацією j частини майна.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він, обіймаючи посаду начальника юридичного відділу ІНФОРМАЦІЯ_2, як службова особа, що займала відповідальне становище, вимагав і 31 березня 2010 року одержав від

представника товариства ІНФОРМАЦІЯ_3 хабар (неправомірну вигоду) у розмірі 10 тис. грн. Цю винагороду ОСОБА_1 одержав за сприяння у підготовці проектів розпоряджень голови ІНФОРМАЦІЯ_4 про надання дозволу на розробку проектної документації відведення земельної ділянки на умовах договору оренди і затвердження цього проекту та за незатягування дій із погодження цих розпоряджень. Представник зазначеного товариства вимушений був дати хабар, щоб уникнути шкідливих наслідків у вигляді штрафних санкцій за неоформлення документів про право користування потрібною товариству земельною ділянкою.

В апеляційному порядку вирок не переглядався.

Касаційний суд – колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ – за наслідками перегляду ухвалою від 14 березня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Приводом перегляду справи Верховним Судом України стала заява захисника Басанець Л.П., а підставами – твердження заяви про неоднакове застосування касаційним судом однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку автора заяви, судова практика виробила сталу правову позицію, згідно з якою грошова плата (винагорода) за використання особою своїх професійних знань, досвіду, здібностей чи навиків без застосування владних, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, не розцінюється як хабар (неправомірна вигода), а її одержання – проявом хабарництва. На підтвердження цієї думки захисник послався на два рішення суду касаційної інстанції від 4 березня 2008 року та 20 березня 2012 року. В одному з них отримання головою селищної ради грошей за дві довідки про належність особам, які їх запитували, земельних ділянок та за розпорядження селищної ради про надання згоди на розробку проекту відведення земельної ділянки для садово-городницького користування, які завідомо (очевидно) для голови селищної ради були неправдиві, недостовірні й такі, що не породжували жодних правових наслідків, розцінено як шахрайство (ухвала від 4 березня 2008 року). В іншому – отримання судовим експертом, який обіймав адміністративну посаду в судово-експертній установі, винагороди за проведення експертизи, не визнано одержанням хабара, оскільки ця винагорода була платою не за протиправне використання службових повноважень, а за виконання професійних обов'язків експерта у сфері надання публічних послуг. Такі дії, як визнав суд, не підпадають під ознаки злочину, передбаченого частиною другою статті 368 КК (ухвала від 20 березня 2012 року).

Захисник вважає, що фактичні обставини та кримінально-правова оцінка в судових рішеннях, наданих для порівняння, подібні до фактичних обставин діяння, інкримінованого ОСОБА_1, однак вони отримали інакше правове трактування.

На переконання захисника, ОСОБА_1 отримав від представника ІНФОРМАЦІЯ_3 не хабар, а плату за роботу, яку він як юрист із

використанням спеціальних професійних знань виконав в інтересах платника послуг. Ця робота потребувала тільки знань права, тому ОСОБА_1 не використовував будь-яких повноважень чи можливостей посади, яку обіймав. Твердження про використання професійних знань захисник висновує з інтерпретованого ним змісту оспореної ухвали. У цьому документі касаційний суд зазначив, що ОСОБА_1 отримав гроші «за сприяння у прискоренні вирішення питання з оформлення проектної документації на земельну ділянку...». Виготовлення проектної документації та її оформлення, як гадає заявник, потребують різних спеціальних професійних знань, які можуть надати відповідні фахівці. Власне за надання одного із виду послуг, пов'язаних із знанням права, ОСОБА_1 й отримав плату.

На думку захисника, фактично вчинене ОСОБА_1 діяння не є хабарництвом, тому просить скасувати ухвалу касаційного суду та направити справу на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника та засудженого, які просили задовольнити заяву із зазначених у ній підстав, пояснення прокурора про безпідставність заяви, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження, обговорила вимоги зазначені в заяві та дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою захисника Басанець Л.П. допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) та главою 32^{1} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} цього Кодексу.

2. Верховний Суд України в контексті різних видів фактичних обставин справи раніше неодноразово називав ознаки, за якими діяння належало кваліфікувати як одержання хабара та за якими воно відрізняються від інших суміжних видів суспільно небезпечних діянь.

Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що посадова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або хоч і не мала повноважень вчинити відповідні дії, але через своє посадове становище могла вжити заходів до їх вчинення іншими посадовими особами (абзац перший пункту 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року №5 «Про судову практику у справах про хабарництво»).

Кваліфікація діяння за ознаками одержання хабара (основний склад злочину, передбачений статтею 368 КК) завжди потребує встановлення спеціального суб'єкта злочину – службової особи, визначення якої дається у примітці до статті 364 КК, предмета злочину – будь-якої матеріальної вигоди, способу одержання хабара, який може бути будь-яким, причинного зв'язку між незаконною винагородою та згодою службової особи використати свої службові повноваження чи становище, залежності між оплаченим хабарем

результатом та спроможністю і/або реальним застосуванням або ж незастосуванням службових повноважень чи можливостей суб'єкта злочину.

Вимагання хабара може бути поставлено за провину лише у тому разі, якщо винна особа з метою одержання хабара, погрожуючи вчиненням або невчиненням дій, які можуть завдати шкоди правам та законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар, щоб запобігти шкідливим наслідкам законним інтересам. Інакше, законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом давання хабара, є однією з основних (визначальних) і обов'язкових ознак вимагання хабара (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від: 4 жовтня 2012 року, 23 травня 2013 року, 30 травня 2013 року, справи № 5-12 кс 12, № 5-13 кс 13, № 5-14 кс 13).

3. Фактичну основу діяння ОСОБА_1, поставленого йому за провину, становлять такі фактори:

- законний інтерес товариства ІНФОРМАЦІЯ_3 орендувати земельну ділянку, яка перебувала в державній власності й була необхідна йому для здійснення підприємницької діяльності;

- реалізація інтересу товариства ІНФОРМАЦІЯ_3 залежала від виконання місцевим органом державної влади – ІНФОРМАЦІЯ_4, – нормативно визначених повноважень щодо надання дозволів на підготовку матеріалів вибору місця розташування земельної ділянки, розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та затвердження цього проекту;

- звернення представника товариства ІНФОРМАЦІЯ_3 до органу державної влади в особі її представника – начальника юридичного відділу апарату районної державної адміністрації;

- товариство ІНФОРМАЦІЯ_3 не потребувало допомоги правника; представник товариства звернувся до ОСОБА_1 саме як до службової особи – начальника юридичного відділу ІНФОРМАЦІЯ_2;

- до кола службових повноважень начальника юридичного відділу ІНФОРМАЦІЯ_2 належало погодження проектів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення. Названа посада за законом належить до посад, які мають відповідальне значення;

- розрішення земельного питання товариство ІНФОРМАЦІЯ_3 ОСОБА_1 поставив у залежність від хабара. Саме він ініціював дати йому хабар, назвав суму та умови давання – службове сприяння, пришвидшене, безперешкодне й позитивне вирішення місцевим органом влади питання, на яке юридична особа мала законне право;

- фактичне отримання ОСОБА_1 обумовленої суми незаконної винагороди.

Із поєднання та оцінки зазначених обставин в сукупності висновується, що ОСОБА_1 як представник влади пред'явив незаконну вимогу дати йому хабар за виконання дій, що входили до його службових повноважень, яку той, кому вона була адресована, вимушено її виконав. Такі дії охоплюються диспозицією частини другої статті 368 КК, у зв'язку з чим правові висновки касаційного

суду, який погодився із зазначеною правовою оцінкою цього діяння, є правильними та законними.

5. Давання ОСОБА_1 рекомендацій, пропозицій представнику ІНФОРМАЦІЯ_3, виконання якихось дій, що стосувалися переліку документів для прийняття розпоряджень голови районної адміністрації, які, на думку автора заяви, є правовими (юридичними) послугами, наданими ОСОБА_1 товариство ІНФОРМАЦІЯ_3 за плату, не впливають і не змінюють дійсної природи відносин, що склалися між ОСОБА_1 та хабародавцем. ОСОБА_1 пред'явив вимогу дати йому саме хабар за використання своїх службових повноважень, а не за надання юридичних послуг, оскільки розумів (не міг не розуміти), що лише використання ним своїх службових обов'язків чи становища можуть призвести до результату, в якому зацікавлена особа, яка дала хабар. Інша діяльність, зокрема й у сфері надання публічних послуг, одним із видів яких є правові послуги, не забезпечила б настання цього результату.

6. Сторона обвинувачення сформулювала й пред'явила ОСОБА_1 обвинувачення у вимаганні хабара, який він одержав за дії та за обставин, зазначених у вироку. Від цього обвинувачення ОСОБА_1 захищався в суді; за наслідками розгляду суд визнав ОСОБА_1 винуватим у цьому злочині.

Касаційний суд погодився з фактичними й правовими підставами кваліфікації злочину. При цьому, справді, в описово-мотивувальній частині ухвали умови вимагання хабара викладені не зовсім так, як у вироку. Але таке формулювання не можна вважати правовою позицією касаційного суду, оскільки в його основі не лежить інше тлумачення фактичних обставин справи, що потягло відмінну правову оцінку, а відтак – нове формулювання обвинувачення.

За змістом зазначене формулювання є більш узагальненим варіантом звинувачення, висунутого ОСОБА_1, сутнісно вони не різняться між собою.

7. Фактичні обставини, щодо яких ухвалені порівнювані судові рішення, та обставини діяння, інкримінованого ОСОБА_1, зовні подібні між собою за рядом ознак. Так, у цих рішенням фігурують один і той самий суб'єкт злочину – службова особа (представник влади в оспореному рішенні; представник органу місцевого самоврядування та особа, наділена організаційно-розпорядчими функціями в порівнюваних рішеннях); предмет злочину – гроші; спосіб діяння – вчинення конкретних індивідуально-визначених дій в інтересах тих, хто мав передати гроші. Поєднує ці діяння корисливий мотив та мета – збагатитися незаконним (злочинним) способом.

Однак ці та інші зовнішні поведінкові ознаки не уподібнюють фактичні обставини цих діянь настільки, щоб визнати їх однаковими (ідентичними), а відтак вести мову про неправильний вибір і неоднакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Навпаки, виходячи зі змісту (характеру) фактичних обставин, досліджених у сукупності, та принципу індивідуалізації відповідальності, кожне із зазначених діянь отримало відповідну кримінальну-правову оцінку.

Зокрема, попри видиму схожість із діями ОСОБА_1, одержання головою

селищної ради грошей не було розцінено як злочин у сфері службової діяльності, оскільки ці гроші опинилися у нього не через протиправне використання ним своїх службових повноважень, а тому що він умисно приховав від потерпілих недійсність (несправжність) виготовлених ним документів і, видаючи їх за достовірні, шляхом обману заволодів ними. Зі сказаного випливає, що коли службова особа має умисел на заволодіння чужим майном шляхом обману і для цього вчиняє дії, які за зовнішнім проявом схожі до тих, що належать до кола її службових повноважень, наслідком чого стало прийняття завідомо неправдивих і таких, що не породжували жодних правових наслідків, документів, які були призначені тільки для того, щоб переконати потерпілих у достовірності обману, то такі дії самі по собі, попри їх схожість із протиправним використанням службових повноважень, не утворюють злочину в сфері службової діяльності.

В іншій справі одержання експертом, який обіймає адміністративну посаду в експертній установі, винагороди за неналежне виконання саме своїх професійних обов'язків, не було кваліфіковано як одержання хабара, позаяк діяльність експерта – це ніщо інше як виконання відповідним фахівцем своїх професійних обов'язків, пов'язаних із використанням своїх знань у певній галузі науки. Ця діяльність не пов'язується із використанням службових повноважень, тому особа, яка нею займається, не може визнаватися службовою, а незаконна винагорода, яку вона отримує, – хабарем.

8. У своїй заяві, як убачається з її змісту, Басанець Л.П. поза зв'язком із предметом судового перегляду оспорює фактичні обставини справи, заперечує обґрунтованість висновків суду касаційної інстанції і просить дати їм відповідну правову оцінку з урахуванням наведених у заяві мотивів.

Зазначені твердження не стосуються (виходять за межі) визначеного законом предмета перегляду судового рішення, а тому не можуть бути підставами для його зміни чи скасування.

9. Підсумовуючи наведене, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що ознаки складу злочину, вчиненого ОСОБА_1, сумісні з ознаками злочину, передбаченого частиною другою статті 368 КК, і відповідно до цієї норми отримали кримінально-правову оцінку (були кваліфіковані) в оспореному рішенні.

Оскільки фактичні обставини діяння ОСОБА_1 та їх правова оцінка не викликали (не зумовили) неоднакового застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність, підстав для втручання у рішення суду касаційної інстанції немає.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК, статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити в задоволенні заяви захисника Басанець Л.П. про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 березня 2013 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 жовтня 2015 року у справі № 5-109кс15

(рішення про неправильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, головного спеціаліста з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче)

Винувата як головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему у м. Яремче Івано-Франківської області займала посаду в органі державної влади і цією (посадовою) ознакою службової особи вона була наділена. Однак зайняття посади в органі державної влади ще не є достатнім для визнання особи службовою. Статус службової особи в законодавстві і теорії кримінального права пов'язується з виконанням однієї з трьох функцій – представника влади, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських. Винувата як головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче не була наділена владою і не використовувала службового становища.

Отже, Верховний Суд України дійшов висновку про незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду, оскільки інкримінованої зазначеній особі дії вона не вчиняла з використанням наданої їй влади чи службового становища.

(Витяг)

Вироком Яремчанського міського суду Івано-Франківської області від 15 серпня 2013 року ОСОБА_1, ДАТА_1, таку, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) в редакції від 7 квітня 2011 року до штрафу в розмірі 8500 грн з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків в органах державної влади, місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях всіх форм власності на строк один рік.

ОСОБА_1 визнано винуватою в тому, що вона як головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче 3 листопада 2011 року у своєму службовому кабінеті одержала від ОСОБА_2 200 доларів США (1595,86 грн) хабара за виготовлення та видачу йому двох довідок: від 17 червня 2011 року № 307 і від 3 листопада 2011 року № 589 про перелік обмежень на земельну ділянку і наявні земельні сервітути.

Апеляційний суд Івано-Франківської області ухвалою від 5 лютого 2014 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 9 грудня 2014 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

Засуджена ОСОБА_1 та її захисник Гордій В.Г. вимагають скасувати зазначене рішення касаційного суду з підстави неоднакового застосування норми частини першої статті 368 КК щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, а справу направити на новий касаційний розгляд. Вони стверджують, що в діях ОСОБА_1 немає складу цього злочину, бо засуджена не була в статусі службової особи, а виконувала виключно технічну роботу з видачі довідок про перелік обмежень прав на земельну ділянку і наявні земельні сервітути заявникам. У заявах наголошується, що засуджена не мала повноважень на самостійне прийняття рішення щодо видачі зазначених довідок в основу обвинувачення ОСОБА_1, а в основу обвинувачення покладено докази, які були отримані з порушенням норм кримінально-процесуального закону.

На обґрунтування неоднакового правозастосування заявники посилаються на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 червня 2013 року, в якій суд касаційної інстанції за подібних обставин погодився з рішенням апеляційного суду про закриття справи щодо ОСОБИ, якій інкримінувалось обвинувачення за статтею 368 КК. Також заявники посилаються на ухвалу від 12 грудня 2013 року, якою касаційний суд виключив з обвинувачення ОСОБИ епізод одержання хабара та ознаку «вимагання хабара». Вони привертають увагу й на ухвали від 22 серпня 2013 року та від 12 червня і 11 листопада 2014 року, якими кримінальні справи щодо ОСІБ, яким так само інкриміновано обвинувачення за статтею 368 КК, направлені відповідно на новий апеляційний розгляд і нове розслідування.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженої ОСОБА_1, яка підтримала доводи заяви, прокурора, який стверджував про відсутність підстав для задоволення заяв, перевірила матеріали справи та матеріали, додані до заяв, обговорила зазначені у них доводи і дійшла висновку про нижченаведене.

1. Рішення суду касаційної інстанції у кримінальній справі щодо ОСОБА_1 переглядається відповідно до повноважень Верховного Суду України (далі – Суд), визначеними положеннями статті 400^{21} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), і за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

У зв’язку із цим Суд нагадує, що до його компетенції не належить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанції. Якби це було інакше, Суд би перебирав на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень.

У світлі вищевикладених міркувань, за загальним правилом, Суд не може піддавати сумніву встановлення фактів справи, але має повноваження піддавати сумніву правильність тлумачення та застосування судом касаційної інстанції норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

2. Суд, орієнтуючи правозастосування у сфері протидії такому виду кримінально караної корупції, як одержання хабара, постійно визнавав, що за нормативним визначенням суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК, є службова особа. Визначення службової особи для цієї статті закону про кримінальну відповідальність за одержання хабара подається у примітці 1 до статті 364 КК, а зміст ознак, які складають поняття службової особи, розкриті у постанові Пленуму Суду від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

Суд повторює, що службова особа як спеціальний суб'єкт злочину, крім загальних ознак суб'єкта злочину, характеризується спеціальними ознаками, а саме: а) посадові, які визначають сферу діяльності (де саме виконуються відповідні повноваження); б) функціональні – ті, які визначають коло повноважень, у зв'язку з наявністю яких особа належить до службових.

Отже, для визнання особи службовою необхідно встановити, що вона займає певну посаду, користується правами і наділена обов'язками у зв'язку з тим, що покликана діяти в інтересах певних соціальних груп.

На момент учинення інкримінованого ОСОБА_1 діяння основні положення зазначеного закону про наявність статусу службової особи пов'язувались із виконанням функцій представників влади чи місцевого самоврядування, а також зайняттям постійно або тимчасово посад в органах державної влади, місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях.

Державний комітет земельних ресурсів згідно з Положенням про цей орган, затвердженим Указом Президента України від 14 серпня 2000 року № 970/2000, є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. У випадках, передбачених законодавством, рішення Держкомзему України є обов'язковими для виконання центральними та місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами і організаціями всіх форм власності та громадянами. Держкомзем України здійснює свої повноваження безпосередньо та через єдину систему державних органів земельних ресурсів. Його територіальні підрозділи також мають статус органів виконавчої влади.

У такому разі головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче Івано-Франківської області ОСОБА_1 займала посаду в органі державної влади і цією (посадовою) ознакою службової особи вона була наділена.

Однак зайняття посади в органі державної влади ще недостатнє для визнання особи службовою. Статус службової особи в законодавстві і теорії кримінального права пов'язується з виконанням однієї з трьох функцій – представника влади, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських.

У пункті 1 постанови Пленуму Суду від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» Суд роз'яснив, що до представників влади належать працівники державних органів та їх апарату, які

наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності та підлеглості.

Зі змісту посадової інструкції головного спеціаліста з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче, затвердженої начальником цього відділу, не вбачається наявності будь-яких владних повноважень в особи, яка займає таку посаду, оскільки вона не наділена повноваженнями давати вказівки та розпорядження, обов'язкові для виконання будь-якими громадянами чи установами.

Пункт 25 зазначеної посадової інструкції «Підготовка та видача довідок про перелік обмежень прав на земельну ділянку і наявні земельні сервітути», як випливає із самих довідок від 17 травня 2011 року № 307 і від 3 листопада 2011 року № 589 та інших матеріалів справи, передбачав обов'язок ОСОБА_1 щодо визначення наявності чи відсутності земельного сервітуту, обмеження у використанні земель та додержання режиму, складання тексту довідки, подання його на затвердження начальнику чи заступнику начальника відділу Держкомзему, реєстрацію довідки та її видачу заявнику. Вона не була наділена повноваженнями «вирішувати питання по суті» – встановлювати коло осіб, яким могла бути видана відповідна довідка, визначати наявність чи відсутність певних охоронних зон, черговість виготовлення довідок тощо.

Отже, головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему не мав статусу представника влади.

Організаційно-розпорядчі функції – це обов'язки зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності.

Аналіз пункту 5 посадової інструкції, в якому зазначено, що працівник організовує здійснення контролю за належним станом розгляду звернень громадян спеціалістами Держкомзему, вказує, що ОСОБА_1 мала контрольні та організаційні повноваження щодо інших працівників відділу, здійснювала керівництво їх виробничою діяльністю.

Разом з тим, особа має статус службової не у зв'язку з наявністю певних повноважень взагалі, а наявність чи відсутність такого статусу визначається щодо конкретних вчинюваних дій.

ОСОБА_1 при підготовці та видачі довідок не користувалася повноваженнями щодо організації здійснення контролю, оскільки не можна бути службовою особою щодо себе самого, не можна керувати самим собою.

Адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). З фактичних обставин та матеріалів справи вбачається, що ОСОБА_1 не виконувала таких обов'язків.

Таким чином, ОСОБА_1 як головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче не була наділена владою і не використовувала службового становища.

3. Аналогічну позицію висловив касаційний суд в ухвалі від 18 червня 2013 року, в якій зазначено, що головний державний інспектор з охорони праці Територіального управління Держгірпромнагляду по Чернівецькій області при складанні і видачі технічних паспортів на верстати механічної обробки деревини, а також при забезпеченні особи нормативними актами з питань охорони праці, виконував лише технічну роботу, а саме надрукував техпаспорти та надав копії нормативних актів, які він не оформляв, не завіряв, не видавав від імені державного органу, оскільки не мав на те повноважень.

4. У своїх заявах ОСОБА_1 та захисник Гордій В.Г., обґрунтовуючи неоднаковість у правозастосуванні, послалися також і на рішення суду касаційної інстанції від 18 жовтня 2012 року, 12 грудня 2013 року та 21 травня 2013 року, проте, такі рішення касаційного суду не можуть бути визнані як приклад для порівняння, оскільки у цих рішеннях питання щодо суб'єкту злочину, передбаченого статтею 368 КК не ставилося, а відповідно вказані рішення не обґрунтовують доводи заяв, в яких йдеться про те, що ОСОБА_1 не є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

Ухвали від 11 листопада та 12 червня 2014 року (справи щодо засуджених направлені касаційним судом на новий апеляційний розгляд) та ухвала від 22 серпня 2013 року (справа щодо особи направлена касаційним судом на нове розслідування) також не можуть бути визнані як приклад для порівняння, оскільки не є остаточними рішеннями суду касаційної інстанції.

5. Підсумовуючи вищевикладене, Суд дійшов висновку про незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду, оскільки інкриміновані ОСОБА_1 дії вона не вчиняла з використанням наданої влади чи службового становища.

Відповідно до частини 2 статті 400^{22} КПК 1960 року, якщо Верховний Суд України установить, що судове рішення у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 400^{12} цього Кодексу, є незаконним, він скасовує його повністю або частково і приймає нове судове рішення, яке має містити висновок про неправильне застосування норми кримінального закону щодо суспільно небезпечного діяння та обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання.

Оскільки у даній кримінальній справі Верховний Суд України встановив помилковість висновків суду касаційної інстанції, однак процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, яке передбачає втручання у рішення судів нижчої ланки, за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (стаття друга КПК 1960 року), змушений застосувати найбільш прийнятний спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуто зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Керуючись пунктом 15 розділу XI Перехідних положень Кримінального процесуального кодексу України та статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{22}, КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву засудженої ОСОБА_1 та захисника Гордія В.Г. задовольнити

частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 грудня 2014 року щодо ОСОБА_1, скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 травня 2016 року у справі № 5-72кс15(16)

(*рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, інспектора відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Держгірпромнагляду*)

Держгірпромнагляд, як орган центральної влади, здійснює свої функції саме через територіальні управління та їхніх працівників, яким надані певні повноваження, зокрема державних інспекторів. Суспільний поділ праці, що обумовлений складністю, різноманітністю та кількістю роботи, передбачає, що жодна особа не може виконувати у повному обсязі усіх функцій органу державної влади та контролю. Тому між працівниками існує розподіл обов'язків, який визначається з урахуванням займаної посади та фіксується у посадовій інструкції, наказах про розподіл обов'язків, інших локальних актах. Те, що конкретний працівник виконує лише частину функцій органу, не означає, що він не діє від імені та в інтересах цього органу, не представляє його у стосунках з фізичними та юридичними особами.

Функції територіального управління Держгірпромнагляду включають, зокрема, надання дозволів на експлуатацію технологічних транспортних засобів шляхом видачі свідоцтв про їхню реєстрацію чи відмову у такій реєстрації, що означає заборону експлуатації.

Аналіз пунктів 1.2, 1.4, 2.1, 2.3, 2.8 посадової інструкції винуватого, як інспектора відділу організації державного нагляду та управління охороною праці Держгірпромнагляду у Запорізькій області, свідчать, що повноваження, якими був наділений винуватий у зв'язку із займаною посадою та які він реалізовував під час реєстрації технологічного транспортного засобу, вступивши у стосунки із ОСОБА_4, не зводяться до суто технічних, таких як отримання документів, передача їх на розгляд та видача. Навпаки, як інспектор цього відділу, він змістовно вирішував питання про можливість надання дозволу, оцінював по суті та за формою надані матеріали і приймав щодо них рішення, вносив начальникові пропозицію про те, які рішення мали бути прийняті від імені органу. При

цьому той факт, що свідоцтво про реєстрацію технологічного транспортного засобу підписувалось начальником територіального управління Держгірпромнагляду, не змінює оцінки статусу інспектора відділу організації державного нагляду та управління охороною праці Держгірпромнагляду у Запорізькій області цього управління.

(Витяг)

Вироком Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 12 червня 2014 року ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, раніше не судимого, виправдано за частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) (у редакції Закону України від 7 квітня 2011 року № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон № 3207-VI) у зв'язку із недоведеністю його винуватості у вчиненні кримінального правопорушення.

Апеляційний суд Запорізької області 4 лютого 2015 року вирок місцевого суду скасував і постановив новий вирок, згідно з яким визнав ОСОБА_2 винним у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною третьою статті 368 КК (у редакції Закону № 3207-VI), та призначив йому покарання у виді позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади в органах державної влади та місцевого самоврядування, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки, з конфіскацією всього майна, і на підставі статті 54 КК позбавив ОСОБА_2 12 рангу державного службовця.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 19 листопада 2015 року вирок Апеляційного суду Запорізької області від 4 лютого 2015 року щодо ОСОБА_2 залишила без зміни, а касаційну скаргу засудженого – без задоволення.

ОСОБА_2 визнано винуватим у тому, що він, будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище та обіймає посаду ІНФОРМАЦІЯ_2 відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки України (далі – Держгірпромнагляд) у Запорізькій області, 17 травня 2013 року о 12 годині 20 хвилин у своєму службовому кабінеті № 214 одержав від ОСОБА_4 хабар у розмірі 3500 гривень за проведення реєстрації та видачу свідоцтва про реєстрацію технологічного транспортного засобу – екскаватора-навантажувача марки «Caterpillar 428C», власником якого був ОСОБА_5.

У заяві про перегляд справи Верховним Судом України засуджений ОСОБА_2 просить судові рішення скасувати та закрити провадження у справі з підстав, передбачених пунктами 1, 2 і 3 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК).

Вказує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції статті 368 КК, зазначаючи, що він не може бути суб'єктом злочину, оскільки відповідно до покладених на нього обов'язків, визначених посадовою інструкцією, при

реєстрації технологічного транспортного засобу не був наділений владою і не використовував службового становища, а лише виконував суто технічні функції з підготовки документів. Вважає, що суд касаційної інстанції дійшов безпідставного висновку про те, що він є службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище.

На обґрунтування неоднакового застосування норми кримінального закону засуджений ОСОБА_2 надав копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 червня 2013 року, в якій суд касаційної інстанції погодився з висновками апеляційного суду про виправдання ОСОБА_1 за частиною третьою статті 368 КК, оскільки ОСОБА_1 виконала в інтересах ОСОБА_3 лише технічну роботу і вчинені нею дії не входили до її службових обов'язків і повноважень, крім того, вона не є службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище.

Також засуджений ОСОБА_2 вказує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм права, передбачених КПК, які стосуються оцінки доказів, їх належності та допустимості, та стверджує, що в матеріалах провадження відсутні документи, на підставі яких проводились негласні слідчі дії, і вони не досліджувались судом.

Як приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих процесуальних норм засуджений ОСОБА_2 надав копії ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 квітня 2015 року, якою ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1 скасовано і призначено новий розгляд кримінального провадження у суді апеляційної інстанції. У цій справі суд касаційної інстанції вказав, що апеляційний суд допустив істотні порушення норм КПК, оскільки належним чином не перевірив обставин, що впливали на допустимість доказів, покладених в основу вироку, не дав відповідей на доводи апеляційної скарги про те, що місцевий суд не досліджував матеріали, які стосувалися санкціонування судом негласних слідчих (розшукових) дій, не звернув уваги на відсутність у матеріалах кримінального провадження копій ухвал слідчого судді про надання дозволів на застосування зазначених заходів, тобто не з'ясував правові підстави та порядок застосування заходів, які тимчасово обмежували конституційні права і свободи ОСОБА_1. Також заявник послався на копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 квітня 2015 року, якою відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою прокурора на ухвалу апеляційного суду. Касаційний суд погодився з рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій про виправдання ОСОБА_1 за частиною другою статті 307 КК у зв'язку з тим, що сторона обвинувачення не надала допустимі та належні докази на підтвердження пред'явленого обвинувачення.

На обґрунтування своєї заяви з підстави невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України, заявник послався на постанову Верховного Суду України від 8 жовтня 2015 року (справа № 5-109кс15), указуючи, що це судове рішення містить висновок стосовно визначення

поняття службової особи як спеціального суб'єкта злочину, передбаченого статтею 368 КК, який у його справі суд касаційної інстанції не врахував.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, доводи захисника Семенова М.В. щодо задоволення заяви і прокурора, який вважав, що заява задоволенню не підлягає, дослідила матеріали кримінального провадження і матеріали, додані до заяви, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

1. Суд зазначає, що згідно з його усталеною практикою положення пунктів 1 і 2 статті 445 КПК передбачають особливі вимоги та застереження для уможливлення процедури порівняння судових рішень на предмет однаковості/неоднаковості застосування судом касаційної інстанції норм матеріального і процесуального права. У цьому зв'язку Суд наголошує, що факт неоднакового застосування норми права судом касаційної інстанції повинен мати певний зовнішній вияв, знаходити відображення у відповідному процесуальному документі (рішенні). Про неоднакове застосування норми права свідчить неоднакове її розуміння судом виключно в процесі правозастосування, що зумовлює ухвалення рішень, які мають різний зміст. Неоднаковість у застосуванні положень норми права нерозривно пов'язана з предметом правозастосування – одна і та сама норма (її положення, припис) одного і того самого закону. Для уможливлення процедури порівняння судових рішень, оцінки Судом відповідної норми права на предмет неоднаковості її застосування, така норма має бути реально застосована судом касаційної інстанції під час розгляду справи за касаційною процедурою (постанови Суду у справах № 5-249кс15 від 21 січня 2016 року, № 5-40кс16 від 3 березня 2016 року).

2. Згідно з пунктом 2 статті 445 КПК однією із підстав перегляду судових рішень є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми Кримінального процесуального Кодексу, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

2.1. Суд зазначає, що хоча на стадії відкриття провадження заява засудженого й була визнана прийнятною, проте вона містить досить специфічні питання права і факту, щоб їх можна було вирішити на етапі перевірки (стадії допуску справи) відповідності заяви вимогам статті 450 КПК в контексті застосування пункту 2 статті 445 КПК. Тому Суд вважає, що це питання потребує перегляду, але в межах повноважень Суду, визначених законом.

2.2. У своїй практиці Суд уже надавав роз'яснення власних повноважень в аспекті положень статті 445 КПК, згідно з якими до його компетенції не входить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанцій. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень (постанови Суду у справах № 5-109кс15 від 8 жовтня 2015 року, № 5-299кс15 від 24 березня 2016 року).

З огляду на це Суд, за загальним правилом, не може піддавати сумніву встановлення фактів у справі, але має повноваження визначати правильність/неправильність тлумачення та застосування судом касаційної

інстанції норм матеріального чи процесуального права.

2.3. Суд констатує, що ОСОБА_2 у своїй заяві стверджує про неоднакове застосування касаційним судом норм КПК і наводить перелік доказів, яким, на його думку, не було надано судами відповідної оцінки чи дана неправильна оцінка, та посилається при цьому на статті: 23 КПК (безпосередність дослідження доказів, речей і документів), 86 КПК (допустимість доказу), 94 КПК (оцінка доказів), 241 КПК (освідування особи), які визначають загальні умови, правила і компетенцію учасників кримінальної процесуальної діяльності.

Проте засуджений не визначився зі своїми вимогами в аспекті положень пункту 2 статті 445 КПК. У своїй заяві він не навів конкретні норми КПК, які неоднаково застосовані касаційним судом у різних рішеннях. Його заява фактично зводиться до спроби переконати Суд у необхідності втрутитись у фактичну складову рішень, ухвалених щодо нього судами нижчого рівня.

У судовому засіданні Суду захисник засудженого ОСОБА_2 – адвокат Семенов М.В. також не зміг обґрунтувати неоднаковість правозастосування судом касаційної інстанції процесуальних норм в аспекті наданих для порівняння рішень цього суду.

2.4. Наведене свідчить про неприйнятність поданої до Суду заяви з підстави, передбаченої пунктом 2 статті 445 КПК.

3. Досліджуючи доводи заяви, якими аргументовано необхідність перегляду ухвали касаційного суду, що оспорюється, з підстав, визначених пунктами 1 і 3 статті 445 КПК, Суд зазначає про таке.

3.1. У цій справі Суд вважає, що у розумінні пункту 1 статті 445 КПК дійсно відбулось неоднакове (різне) застосування касаційним судом норми статті 368 КК у частині визначення кола осіб, які можуть бути суб'єктами цього злочину.

Так, в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 листопада 2015 року (оспорюване рішення) касаційний суд погодився з думкою суду нижчої інстанції і визнав правильним його висновок про те, що інспектор Держгірпромнагляду є службовою особою, тобто спеціальним суб'єктом складу злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК (у редакції Закону № 3207-VI), а в порівнюваному рішенні – висловив протилежну думку.

При цьому обставини справ свідчать про подібність правовідносин, оскільки як у першому, так і в другому випадках діяння інкримінувались особам, які займали однакові посади, – ІНФОРМАЦІЯ_2 територіальних управлінь Держгірпромнагляду, однак у різних областях – Запорізькій та Чернівецькій відповідно, та які вчинили схожі діяння, що посягають на кримінально-правову заборону одержання хабара.

3.2. Питання про те, чи обґрунтовано ОСОБА_2 визнано суб'єктом даного злочину, порушено ним у заяві також і в світлі правильності застосування висновку Верховного Суду України, викладеного у постанові від 8 жовтня 2015 року в справі № 5-109кс15.

Згідно з цим рішенням Суд висловив позицію, відповідно до якої

ОСОБА_14, будучи головним спеціалістом з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему в м. Яремче Івано-Франківської області, інкриміновані їй дії з використанням наданої влади чи службового становища не вчиняла, а тому не є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

3.3. Вирішуючи ці питання, необхідно взяти до уваги наступне.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2011 року № 1043 «Про утворення територіальних органів Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки», чинної на час скоєння ОСОБА_2 діяння, за яке його засуджено, Держгірпромнагляд та його територіальні управління в областях є органами державної влади.

Держгірпромнагляд, як орган центральної влади, здійснює свої функції саме через територіальні управління та їхніх працівників, яким надані певні повноваження, зокрема державних інспекторів. Суспільний поділ праці, що обумовлений складністю, різноманітністю та кількістю роботи, передбачає, що жодна особа не може виконувати у повному обсязі усіх функцій органу державної влади та контролю. Тому між працівниками існує розподіл обов'язків, який визначається з урахуванням займаної посади та фіксується у посадовій інструкції, наказах про розподіл обов'язків, інших локальних актах. Те, що конкретний працівник виконує лише частину функцій органу, не означає, що він не діє від імені та в інтересах цього органу, не представляє його у стосунках з фізичними та юридичними особами.

Функції територіального управління Держгірпромнагляду включають, зокрема, надання дозволів на експлуатацію технологічних транспортних засобів шляхом видачі свідоцтв про їхню реєстрацію чи відмову у такій реєстрації, що означає заборону експлуатації.

Аналіз пунктів 1.2, 1.4, 2.1, 2.3, 2.8 посадової інструкції ОСОБА_2, як ІНФОРМАЦІЯ_2 відділу організації державного нагляду та управління охороною праці Держгірпромнагляду у Запорізькій області, свідчать, що повноваження, якими був наділений ОСОБА_2 у зв'язку із займаною посадою та які він реалізовував при реєстрації технологічного транспортного засобу, вступивши у стосунки із ОСОБА_4, не зводяться до суто технічних, таких як отримання документів, передача їх на розгляд та видача. Навпаки, як ІНФОРМАЦІЯ_2, він змістовно вирішував питання про можливість надання дозволу, оцінював по суті та за формою надані матеріали й приймав щодо них рішення, вносив начальникові пропозицію про те, які рішення мали бути прийняті від імені органу. При цьому той факт, що свідоцтво про реєстрацію технологічного транспортного засобу підписувалось начальником територіального управління Держгірпромнагляду, не змінює оцінки статусу ІНФОРМАЦІЯ_2 цього управління.

На відміну від цих повноважень ОСОБА_2, у посадовій інструкції ІНФОРМАЦІЯ_2 ОСОБА_1 зазначено про те, що він тільки зобов'язаний здійснювати державний нагляд за забезпеченням працівників нормативними актами з охорони праці та за одержанням власником дозволів органів Держгірпромнагляду на роботи і обладнання підвищеної небезпеки об'єкта, про що вказано в ухвалі касаційного суду від 18 червня 2013 року.

Тому Суд, погоджуючись із висновком касаційного суду, викладеним у судовому рішенні, що оспорюється, вважає, що ОСОБА_2 під час інкримінованих йому дій був службовою особою, а отже, й суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

3.4. У постанові Суду від 8 жовтня 2015 року, на яку посилається заявник, обґрунтовуючи невідповідність оспорюваної ухвали правовій позиції Верховного Суду України, висновок про неможливість визнання ОСОБА_14 суб'єктом службового злочину зроблено, зокрема, на підставі аналізу нормативно-правових актів, які регламентують діяльність Держкомзему та його територіальних підрозділів, посадових інструкцій, якими визначено коло прав, обов'язків і повноважень ОСОБА_14.

Тобто висновок Суду у цій справі ґрунтується на оцінці інших норм, ніж тих, що було застосовано судом касаційної інстанції у справі щодо ОСОБА_2.

4. Ураховуючи викладене, немає підстав стверджувати, що судом касаційної інстанції при залишенні без зміни вироку щодо ОСОБА_2 було допущено неправильне застосування кримінального закону або невідповідність висновкам, викладеним у постанові Верховного Суду України, а тому у задоволенні його заяви належить відмовити.

Керуючись статтями 453, 454, 456 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_2.

Постанова є остаточною і може бути оскаржена тільки з підстави, передбаченої пунктом 4 статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 квітня 2013 року у справі № 5-5к13

(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, голови апеляційного адміністративного суду, який за своїм службовим становищем може впливати на прийняття рішень судовими інстанціями, що ухвалювалися колегіально під час розгляду адміністративних справ)

Відповідно до статті 28 Закону України від 7 лютого 2002 року № 3018-III «Про судоустрій України», чинного на момент вчинення злочину, голова апеляційного суду був наділений низкою повноважень, природа та сукупність яких позиціонувала його як керівника інституції і визначала першість в ієрархічній структурі цієї інституції. Повноваження такої посади, а також її можливості усвідомлювалися як особою, яка обіймала цю посаду, так і особами, які зверталися до неї.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної

інстанції, встановлено, що особи, які давали хабарі, зверталися до винуватого як до голови апеляційного адміністративного суду, розраховуючи на те, що він використає можливості своєї посади і за хабар виконає дії в їх інтересах. Водночас винуватий, коли одержував незаконну винагороду, не міг не розуміти, що ці винагороди йому даються за те, що він використає можливості своєї посади. Оскільки факт давання-одержання хабарів за обставин, зазначених у вироку, з яким погодився суд касаційної інстанції, не оспорюється, ці діяння правильно розцінені як одержання хабарів. Посилання на те, що винуватий не вчинив будь-яких дій в інтересах хабародавців, не виключає наявності складу інкримінованого йому одержання хабарів, оскільки такі дії знаходяться поза межами об'єктивної сторони цих злочинів (давання-одержання хабарів).

(Витяг)

Вироком Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 року ОСОБУ 1.1., ІНФОРМАЦІЯ 1, засуджено за: частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі КК) (у редакції від 5 квітня 2001 року) до позбавлення волі на строк десять років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на три роки, з конфіскацією всього майна; частиною другою статті 368 КК (у редакції від 5 квітня 2001 року) до позбавлення волі строком на вісім років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на два роки, з конфіскацією всього майна; частиною другою статті 376 КК до позбавлення волі строком на два роки; частиною другою статті 383 КК до позбавлення волі строком на три роки.

На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБІ 1.1. остаточно визначено покарання у виді позбавлення волі строком на десять років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на три роки, з конфіскацією всього майна.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 30 березня 2012 року вирок щодо ОСОБИ 1.1. залишив без зміни.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 6 листопада 2012 року вирок та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБИ 1.1. у частині його засудження за частиною другою статті 383 КК скасувала, а справу в цій частині закрила на підставі пункту 2 частини першої статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, (далі – КПК 1960 року).

Постановлено вважати ОСОБУ 1.1. засудженим за частиною третьою статті 368 КК (у редакції від 5 квітня 2001 року) до позбавлення волі строком на десять років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на три роки, з конфіскацією всього майна; за частиною

другою статті 368 КК (у редакції від 5 квітня 2001 року) до позбавлення волі строком на вісім років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на два роки, з конфіскацією всього майна; за частиною другою статті 376 КК до позбавлення волі строком на два роки.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБІ 1.1. визначено покарання у виді позбавлення волі строком на десять років із позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій у державних установах строком на три роки, з конфіскацією всього майна.

У решті судові рішення щодо ОСОБИ 1.1. залишено без зміни.

ОСОБУ 1.1. визнано винним у тому, що він у період із 2007 по 2008 роки, обіймаючи посаду голови ІНФОРМАЦІЯ 2 апеляційного адміністративного суду, тобто як службова особа, яка займає відповідальне становище, використав фактичні можливості свого посадового становища й за обставин, зазначених у вироку, неодноразово одержував хабарі у великих та особливо великих розмірах за виконання чи невиконання дій під час здійснення судочинства в інтересах третіх осіб.

ОСОБУ 1.1. також засуджено за втручання у діяльність судді ІНФОРМАЦІЯ 2 апеляційного адміністративного суду з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків.

У заяві захисник Цвєтінський С.А. порушує питання про скасування ухвали суду касаційної інстанції від 6 листопада 2012 року. На його думку, ОСОБА 1.1. не має нести кримінальної відповідальності за одержання хабара, оскільки він за своїм службовим становищем не міг впливати на прийняття рішень судовими інстанціями, які ухвалювалися колегіально упродовж 2007-2008 років під час розгляду адміністративних справ. Захисник зазначає, що правові висновки суду касаційної інстанції у рішенні щодо ОСОБИ 1.1. різняться за правовими висновками, яких касаційний суд дійшов за фактичних обставин у подібних суспільно небезпечних діяннях, і таким чином допустив неоднакове застосування однієї й тієї самої норми кримінального закону.

На обґрунтування своєї позиції, захисник посилається на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року, а також на ухвалу Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року.

У цих рішеннях суд касаційної інстанції за подібних, на його думку, обставин погодився з рішеннями судів про виправдання ОСІБ за статтею 368 КК у зв'язку з відсутністю в їх діях складу злочину, зокрема з тих підстав, що у цих справах рішення приймалися колегіальними органами, а не одноособово, і вони не мали можливості з використанням службового становища впливати на прийняття такого рішення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Цвєтінського С.А. на підтримку доводів заяви, прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали справи та матеріали, додані до заяви, обговорила

доводи, зазначені у заяві та дійшла висновку про таке.

Згідно зі статтею 400[11] КПК 1960 року Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400[12] КПК 1960 року підставами для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є встановлення неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь в аспекті (значенні) правової позиції суду касаційної інстанції, висловленої ним у своєму рішенні.

Із конститутивних положень цієї норми закону вбачається, що предметом порівняння можуть бути правові висновки суду касаційної інстанції, зроблені щодо подібних суспільно небезпечних діянь, у разі ухвалення як обвинувального так і виправдувального вироків.

Враховуючи зміст заявлених вимог, Судовій палаті у кримінальних справах Верховного Суду України належить дати відповідь на питання: чи настає кримінальна відповідальність за одержання хабара особою, яка обіймає посаду голови апеляційного адміністративного суду, у разі, якщо хабар дається їй за використання свого службового становища з метою впливу на позитивне вирішення судової справи суддями очолюваного ним суду, чи суду нижчої ланки, які провадять розгляд справ адміністративної юрисдикції.

Із нормативних приписів заборони одержувати незаконну винагороду, визначення яких міститься у статті 368 КК, випливає, що представник влади, одним із яких є суддя, обіймаючи посаду голови, не вправі одержувати будь-якої винагороди у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Це законодавче положення передбачає, що кримінальна відповідальність за порушення цієї заборони настає у тому разі, коли особа, яка дає хабар голові апеляційного суду, усвідомлює, що дає його саме такій особі, й у зв'язку із можливостями цієї посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значимість займаної нею посади, її статусність та можливості; вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мету, яку переслідує останній, та його віру в те, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

Такого трактування норми закону притримується і Верховний Суд України. Зокрема, у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» дано роз'яснення, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу (пункт 2 постанови).

Відповідно до статті 28 Закону України від 7 лютого 2002 року № 3018-III «Про судоустрій України», чинного на момент вчинення злочину, голова

апеляційного суду був наділений рядом повноважень, природа та сукупність яких позиціонувала його як керівника інституції і визначала першість в ієрархічній структурі цієї інституції. Повноваження такої посади, а також її можливості усвідомлювалися як особою, яка обіймала цю посаду, так і особами, які зверталися до неї.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що особи, які давали хабарі, зверталися до ОСОБИ 1.1. як до голови ІНФОРМАЦІЯ 2 апеляційного адміністративного суду, розраховуючи на те, що він використає можливості своєї посади і за хабар виконає дії в їх інтересах. Водночас ОСОБА 1.1., коли одержував незаконну винагороду, не міг не розуміти, що ці винагороди йому даються за те, що він використає можливості своєї посади. Оскільки факт давання-одержання хабарів за обставин, зазначених у вироку, з яким погодився суд касаційної інстанції, не оспорюється, ці діяння правильно розцінені як одержання хабарів. Посилання на те, що ОСОБА 1.1. не вчинив будь-яких дій в інтересах хабародавців, не виключає наявності складу інкримінованого йому одержання хабарів, оскільки ці дії знаходяться поза межами об'єктивної сторони цих злочинів.

У судових рішеннях касаційної інстанції щодо ОСОБИ 4 (ухвала Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року) та ОСОБИ 7, ОСОБИ 8 і ОСОБИ 3 (ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року), на які зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, попри певну подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБОЮ 1.1.: одержання хабара за рішення, яке мало прийматися іншими особами (земельні комісії – у порівнюваних рішеннях і колегіальний склад суду – в оспореному рішенні; спеціальний суб'єкт – представники влади; використання можливостей займаної посади), отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норм закону відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} і частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року не стосуються предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Посилання автора заяви на висновки касаційної інстанції, висловлені в ухвалі від 16 червня 2011 року у справі щодо ОСОБИ 1, не можуть бути підставою для порівняння правильності застосування норми матеріального закону, оскільки у цьому рішенні суд дійшов висновку про невинуватість особи у зв'язку з відсутністю події суспільно небезпечного діяння.

Посилання захисника на висновки ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 лютого 2012 року у справі щодо ОСОБИ 1 про одержання нею хабара за позитивний розгляд

справи, яка перебувала у її провадженні, не свідчить про неоднаковість застосування однієї й тієї самої норми матеріального закону, оскільки одержання хабара суддею за такі дії є одним із різновидів хабарництва, який суттєво не відрізняється від інкримінованого ОСОБІ 1.1.

Що стосується доповнень захисника до заяви про перегляд оспореного рішення та доданих до нього судових рішень, в яких наводиться обґрунтування про скасування оспореного рішення у зв'язку з недотриманням процесуальних гарантій засудженого, які були передбачені Законом України від 7 лютого 2002 року № 3018-ІІІ «Про судоустрій України», то в цій частині доводи заяви розгляду не підлягають, оскільки ці доповнення не були допущені Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ для розгляду Верховним Судом України.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року, статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви захисника Цвєтінського С.А.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 листопада 2014 року у справі № 5-20кс14

(рішення про правильний висновок суду щодо визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, голови міської ради, який використовуючи своє службове становище може впливати на вирішення питання про передачу іншій особі у власність нежитлового приміщення, що утримується на балансі міської ради)

За нормативними приписами щодо заборон одержувати незаконну винагороду, визначення яких міститься у статті 368 КК, представник влади, одним із яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-якої винагороди у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Законом передбачено, що кримінальна відповідальність за порушення певної заборони настає у тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі, зокрема голові міської ради, усвідомлює, що дає його саме такій особі й у зв'язку із можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості; ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мета, яку переслідує останній, та його переконаність у тому,

що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

Наявність такої можливості, вочевидь, обумовлюється авторитетом займаної винуватим посади міського голови – керівника органу місцевого самоврядування, який здійснює функції представника влади. Його посада також була пов'язана з виконанням організаційно-розпорядчих функцій державної влади. Тобто на момент вчинення діянь, які інкримінуються винуватому, останній, відповідно до положень пункту 2 примітки статті 368 КК, був службовою особою, яка займала відповідальне становище. Отже, винуватий є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

(Витяг)

Вироком Новозаводського районного суду міста Чернігова від 9 листопада 2012 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) із застосуванням статті 69 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на 6 років з конфіскацією всього майна, що є його власністю, та з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на 3 роки.

Ухвалою Апеляційного суду Чернігівської області від 19 березня 2013 року вирок щодо ОСОБА 1 змінено: виключено з обвинувачення епізод про хабарництво від 29 січня 2008 року й ухвалено рішення вважати ОСОБА 1 засудженим за частиною третьою статті 368 КК до покарання, призначеного судом першої інстанції.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 12 грудня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА 1 змінила: виключила з обвинувачення епізод про хабарництво від 8 жовтня 2008 року, виключила з формули обвинувачення ознаку вимагання хабара і призначила ОСОБА 1 за частиною третьою статті 368 КК із застосуванням статті 69 КК позбавлення волі строком на чотири роки з конфіскацією всього майна, що є його власністю, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, строком на три роки.

ОСОБА 1 визнано винуватим у тому, що він як міський голова м. Ніжина Чернігівської області 15 грудня 2008 року у співучасті з ОСОБА 2 і ОСОБА 3 одержав від ОСОБА 4 20 000 доларів США хабара за передачу в інтересах останнього у власність ТОВ «АВТ Моноліт» нежитлового приміщення по вул. Червонокозача, 5 у м. Ніжині.

Зазначеним вироком суду засуджено й ОСОБА 3 за частиною 5 статті 27 і частиною 3 статті 368 КК.

У заяві засуджений ОСОБА 1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 грудня 2013 року. Він вважає, що його дії не можуть розцінюватись як хабарництво і кваліфікуватись за

статтею 368 КК, оскільки рішення про виділення ОСОБА 4 у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом – Ніжинською міською радою на сесії, а він як міський голова був зобов'язаний підписати рішення. Це означає, що він не є суб'єктом службового злочину і не використовував свої службові обов'язки для отримання хабара.

На обґрунтування своїх доводів заявник посилається на ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року і 8 травня 2012 року, а також на ухвалу Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року.

У цих рішеннях суд касаційної інстанції за подібних, на його думку, обставин погодився з рішеннями судів про виправдання ОСІБ за статтею 368 КК у зв'язку з відсутністю в їхніх діях складу злочину, зокрема з тих підстав, що у цих справах рішення приймалися колегіальними органами, а не одноособово, і ці особи не мали можливості з використанням службового становища впливати на прийняття таких рішень.

Крім того, заявник стверджує, що під час досудового слідства та судового розгляду справи було допущено істотні порушення кримінально-процесуального закону, внаслідок чого висновки судів щодо його винуватості у злочині ґрунтуються на недопустимих доказах, що також є підставою для скасування оспореного рішення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, засудженого ОСОБА 1 та його захисника Богомолову І.Г., які просили задовольнити заяву, пояснення прокурора, який вважав, що в задоволенні заяви слід відмовити, дослідила матеріали справи та матеріали провадження, обговорила вимоги заяви і дійшла висновку про таке.

Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакове застосування судом касаційної інстанції норми статті 368 КК про кримінальну відповідальність за одержання хабара.

Судовій палаті у кримінальних справах Верховного Суду України належить дати відповідь на питання, порушене в заяві: чи настає кримінальна відповідальність за одержання хабара особою, яка обіймає посаду голови міської ради, у разі, якщо хабар дається їй за використання свого службового становища з метою вирішення питання передачі іншій особі у власність нежитлового приміщення, яке утримується на балансі міської ради.

Верховний Суд України у контексті різних видів фактичних обставин справи раніше зазначав про те, що за нормативними приписами заборони одержувати незаконну винагороду, визначення яких міститься у статті 368 КК, представник влади, одним із яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-якої винагороди у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Вказане законодавче положення передбачає, що кримінальна відповідальність за порушення цієї заборони настає у тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі, зокрема голові міської ради, усвідомлює, що дає його саме такій особі й у зв'язку із можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості;

ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мета, яку переслідує останній, та його переконаність в тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

Наявність такої можливості, вочевидь, обумовлюється авторитетом займаної ОСОБА 1 посади міського голови – керівника органу місцевого самоврядування, який здійснює функції представника влади. Його посада також була пов'язана з виконанням організаційно-розпорядчих функцій державної влади. Тобто на момент вчинення діянь, які інкримінуються ОСОБА 1, останній, відповідно до положень пункту 2 примітки до статті 368 КК, був службовою особою, яка займала відповідальне становище. Отже, ОСОБА 1 є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що особа, яка 15 грудня 2008 року дала хабар, перед цим зверталася до ОСОБА 1 як до голови міської ради, розраховуючи на те, що він використає можливості своєї посади і за хабар виконає дії в його інтересах. Із матеріалів справи видно, що ОСОБА 1 з 24 вересня 2008 року в повному обсязі виконував обов'язки голови міської ради; заява ТОВ «АВТ Моноліт» про включення нежитлового приміщення по вул. Червонокозача, 5 у м. Ніжині Чернігівської області до переліку об'єктів, що підлягають приватизації, була зареєстрована у виконавчому комітеті Ніжинської міської ради 24 листопада 2008 року, а 26 листопада того ж року Ніжинською міською радою за головуванням ОСОБА 1, до повноважень якого віднесено, зокрема, формування порядку денного сесій ради, підготовка на розгляд ради проектів програм соціально-економічного та культурного розвитку, цільових програм з інших питань самоврядування, було ухвалено рішення, що повністю відповідало інтересам хабародавця.

Крім того, ОСОБА 1, одержуючи незаконну винагороду, не міг не розуміти, що ця винагорода йому дається за використання ним можливості своєї посади. Факт давання-одержання хабара за обставин, зазначених у вироку, з яким погодився суд касаційної інстанції, правильно розцінений як одержання хабара. Посилання на те, що ОСОБА 1 не вчиняв будь-яких дій в інтересах хабародавця, не виключає наявності складу інкримінованого йому одержання хабара, оскільки ці дії знаходяться поза межами об'єктивної сторони цих злочинів.

Аналіз фактичних підстав кваліфікації дій ОСОБА 1 і нормативне тлумачення положень закону про кримінальну відповідальність, за яким було кваліфіковано ці обставини, дають підстави зробити висновок, що касаційний суд правильно кваліфікував дії засудженого. Доводи заяв про визнання незаконним цього рішення є безпідставними.

Верховний Суд України раніше неодноразово зазначав (справи №5-29кс12, № 5-5кс13, №5-28кс14), що правові висновки касаційного суду у наданих для порівняння ухвалах колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року і 8 травня 2012 року та колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від

21 квітня 2011 року про виправдання службових осіб, які займали відповідальне становище в органах місцевого самоврядування, за відсутністю в їхніх діях складу злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Стосовно посилання у заяві ОСОБА 1 на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 травня 2013 року, якою виключено з судових рішень посилання на окремі докази з підстави отримання їх з порушенням вимог кримінально-процесуального законодавства, то зазначена ухвала не може бути прикладом для порівняння, оскільки вона не містить висновку про правильне чи неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність за одержання хабара, а може тільки свідчити про неоднакове застосування норм кримінально-процесуального закону, що не є підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України.

Перевірка доводів засудженого про порушення вимог кримінально-процесуального закону при розслідуванні та судовому розгляді справи щодо нього перебуває за межами законодавчо визначених повноважень Верховного Суду України.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 200^{21}, 400^{23} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА 1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12 грудня 2013 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом другим частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 4 жовтня 2012 року у справі № 5-14кс12

((рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне кримінальної відповідальності за вчинений злочин)

Відповідно до законодавчого визначення поняття вимагання хабара ця ознака може бути поставлена у вину лише у тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара, погрожуючи вчиненням або не вчиненням таких дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним,

правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам. Тобто законність прав і інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, має бути однією з основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну від цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабара виключається.

За фактичних обставин справи, коли службова особа вимагає дати їй хабар, а особа, яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара.

Винуватий із використанням своїх службових повноважень домагався хабара від хабародавця, але останній, даючи хабар, усвідомлював, що у такий спосіб незаконно уникне кримінальної відповідальності за злочин, передбачений частиною 1 статті 122 КК.

(Витяг)

Вироком Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 9 серпня 2011 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною 3 статті 364 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в правоохоронних органах строком на три роки, а на підставі статтею 75 КК звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком на три роки.

За частиною 2 статті 368 КК ОСОБА_1 виправдано.

Вироком апеляційного суду Хмельницької області від 5 грудня 2011 року вирок місцевого суду скасовано і постановлено новий, яким ОСОБА_1 засуджено за частиною 2 статті 368 КК до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із службою в правоохоронних органах строком на два роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю; за частиною 3 статті 364 КК до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із службою в правоохоронних органах строком на два роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю, із застосуванням статтею 54 КК позбавлення спеціального звання капітан міліції. На підставі частини 1 статті 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено остаточне покарання позбавлення волі на строк п'ять років один місяць з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із службою в правоохоронних органах строком на два роки з конфіскацією майна, яке є його власністю, з позбавленням спеціального звання капітан міліції.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 березня 2012 року вирок апеляційного суду Хмельницької області змінено: із застосуванням ст. 69 КК ОСОБА_1 пом'якшено покарання за частиною 3 статті

364 КК до трьох років позбавлення волі з позбавленням права обіймати посади, пов'язані із службою в правоохоронних органах строком на два роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю, із застосуванням статті 54 КК з позбавленням спеціального звання капітан міліції; за частиною 2 статті 368 КК до двох років шести місяців позбавлення волі, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі службою в правоохоронних органах строком на один рік шість місяців з конфіскацією майна, яке є його власністю, а на підставі частини 1 статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання позбавлення волі на строк три роки з позбавленням права обіймати посади пов'язані зі службою в правоохоронних органах строком на два роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю, позбавленням спеціального звання капітан міліції.

ОСОБА_1 визнано винним у зловживанні владою та службовим становищем, вчинені ним як працівником правоохоронного органу, та у вимаганні хабара.

У лютому 2011 року ОСОБА_1 як старший оперуповноважений сектору карного розшуку Зарічанського відділу міліції, під час виконання обов'язків заступника начальника зазначеного сектору, отримав заяву про злочин, передбачений частиною 1 статті 122 КК, вчинений ОСОБА_2 щодо ОСОБА_3, і за можливість уникнення кримінального переслідування за злочин вимагав від ОСОБА_2 хабар, який отримав 3 лютого 2011 року у розмірі 1250 доларів США.

Дії ОСОБА_1, у спонуканні ОСОБА_3 до написання заяви в інтересах ОСОБА_2 про отримання ним тілесних ушкоджень, вчиненні напередодні одержання хабара, через власну необережність, розцінені як зловживання службовим становищем за ознакою заподіяння істотної шкоди державним та громадським інтересам у вигляді підриву престижу і авторитету органів внутрішніх справ.

У заяві засуджений ОСОБА_1 стверджує про неоднакове застосування одних і тих самих норм про кримінальну відповідальність щодо розуміння вимагання хабара. На думку автора заяви, у його діях відсутня ця ознака злочину, у зв'язку з цим він просить виключити її з рішення касаційного суду та на підставі статті 75 КК звільнити його від відбування покарання з випробуванням.

На обгрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду заявник посилається на правову позицію, зазначену в ухвалах колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 листопада 2007 року, 28 вересня 2010 року і 25 листопада 2010 року та ухвалах колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 квітня 2011 року та 17 травня 2011 року, у яких за обставин, подібних до інкримінованого йому суспільно небезпечного діяння, кваліфікуюча ознака - вимагання хабара - не застосовувалася.

Заслухавши доповідь судді – доповідача, пояснення прокурора про необхідність задоволення заяви в частині виключення кваліфікуючої ознаки,

перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали додані до заяви, обговоривши доводи заяви, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України встановила таке.

Заява ОСОБА_1 подана на підставах, передбачених пунктом 1 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України, і підлягає перегляду Верховним Судом України.

Відповідно до пункту 4 примітки до статті 368 КК вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або не вчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть завдати шкоди правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення розуміння вимагання хабара ця ознака може бути поставлена у вину лише у тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожуючи вчиненням або не вчиненням таких дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам, того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам. Тобто законність прав і інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, має бути однією із основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну цьому, у разі, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів, тощо, то вимагання хабара виключається.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що, хоча ОСОБА_1 із використанням своїх службових повноважень домагався хабара від ОСОБА_2, але останній, даючи хабар, усвідомлював, що у такий спосіб незаконно уникне кримінального переслідування за злочин, передбачений частиною 1 статті 122 КК.

У рішеннях, які надані для порівняння, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь подібні до діяння, інкримінованого ОСОБА_1, і отримали кримінально правову оцінку, яка збігається із законодавчим визначенням розуміння хабара.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, які надані для порівняння, дають підстави для висновку, що застосування судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність зроблено неправильно.

За фактичних обставин справи, коли службова особа вимагає дати їй хабар, а особа, яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара.

Відповідно до частини 2 статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, якщо Верховний Суд України установить, що судове рішення у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 400-12 цього Кодексу, він скасовує його повністю або частково і приймає

нове судове рішення, яке має містити висновок про неправильне застосування норми кримінального закону щодо суспільно небезпечного діяння та обгрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання.

Оскільки у даній кримінальній справі Верховний Суд України встановив помилковість висновків суду касаційної інстанції, однак процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, тому за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (стаття 2 Кримінально-процесуального кодексу України), змушений застосувати найбільш прийнятний спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого мають бути усунуті зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

Доводи заявника про пом'якшення покарання можуть бути розглянуті під час нового касаційного розгляду справи.

Керуючись статтями 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_1 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 березня 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий:

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 23 травня 2013 року у справі № 5-13кс13

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб уникне можливих негативних юридичних наслідків з боку органів митної служби)

За фактичних обставин справи, коли службова особа вимагає дати їй хабар, а особа, яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що хоча винуватий із використанням своїх

службових повноважень у завуальованій формі й домагався одержати хабар від хабародавця (детальною перевіркою факту порушень митних правил і причетності до цього хабародавця), проте останній, даючи хабар, усвідомлював, що у такий спосіб незаконно уникне можливих негативних юридичних наслідків з боку органів митної служби, пов'язаних із виходом судна «Оскар», фрахтувальником якого він був, за межі територіальних вод України.

(Витяг)

Вироком Ленінського районного суду м. Севастополя від 1 червня 2010 року ОСОБА_1.1, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною другою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням функцій представника влади, строком на три роки без конфіскації майна.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1.1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки та з покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 3, 4 частини першої статті 76 цього ж Кодексу.

ОСОБА_1.1 визнано винним у тому, що він, будучи службовою особою, яка здійснює функції представника влади і займає відповідальне становище, обіймаючи посаду заступника начальника відділу ІНФОРМАЦІЯ_2 (а з 21 лютого по 5 березня 2005 року виконуючи обов'язки начальника цього ж відділу), 15 лютого 2005 року приблизно о 16-й годині у приміщенні ІНФОРМАЦІЯ_3, розташованої на АДРЕСА_1, умисно створив умови, а потім висловив згоду на вимушену пропозицію ОСОБА_2 про давання хабара в розмірі 1 тис. доларів США за припинення перевірки інформації про те, що судно «Оскар», фрахтувальником якого був ОСОБА_2, у період із 3 по 7 грудня 2004 року виходило за межі територіальних вод України та займалось виловом кабелю зв'язку, а також за непритягнення до будь-якої відповідальності та видачу йому даних ним пояснень.

24 лютого 2005 року приблизно о 18-й годині ОСОБА_1.1, знаходячись у салоні автомобіля ВАЗ-21011, державний номер НОМЕР_1, що належить ОСОБА_4, у районі АДРЕСА_2, використовуючи надану йому владу і службове становище, шляхом вимагання одержав від ОСОБА_2 хабар у сумі 5 тис. 315 грн.

Апеляційний суд м. Севастополя ухвалою від 17 лютого 2012 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1.1 залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 25 жовтня 2012 року вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1.1 залишив без зміни.

У заяві про перегляд Верховним Судом України ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних

суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, та доповненні до неї засуджений ОСОБА_1.1 зазначає, що в його діях відсутня така кваліфікуюча ознака, як вимагання хабара. Крім того, заявник вважає, що в силу своїх обов'язків та функцій не був наділений правом самостійно розпочинати, проводити або припиняти перевірки, а тому суд помилково визнав його службовою особою. Просить ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року щодо нього скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду засуджений долучив ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 жовтня 2006 року, ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 травня 2011 року та 11 серпня 2011 року щодо осіб, яких також було засуджено за частиною другою статті 368 КК за одержання хабара, поєднаного з його вимаганням, однак стосовно яких цю кваліфікуючу ознаку було виключено із судових рішень. У справі щодо ОСОБА_1, засудженої вироком Керченського міського суду Автономної Республіки Крим від 1 квітня 2008 року, залишеного без зміни ухвалою Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 6 травня 2008 року, Верховний Суд України ухвалою від 9 червня 2009 року залишив касаційне подання прокурора без задоволення, а судові рішення без зміни, зазначивши, що рішення суду першої інстанції про виключення з обвинувачення ОСОБА_1 кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» є обґрунтованим.

Для порівняння засуджений надав також ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 січня 2006 року, якою змінено вирок суду першої інстанції щодо ОСОБА_1, її дії перекваліфіковано з частини другої статті 368 КК на частину першу цієї ж статті КК.

У зазначених засудженим прикладах касаційний суд мотивував своє рішення про відсутність такої кваліфікуючої ознаки цього злочину, як «вимагання хабара» тим, що вимога про давання хабара була спрямована не проти законних прав чи інтересів тих, хто давав хабар, а на задоволення їх незаконних інтересів.

Як приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї й тієї самої норми кримінального закону стосовно визначення поняття «вчинення злочину службовою особою» засуджений ОСОБА_1.1 надав ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 травня 2012 року в справі щодо ОСОБА_3, яку вироком Білогірського районного суду Автономної Республіки Крим від 31 березня 2011 року виправдано за частиною третьою статті 368 КК. Касаційний суд, погодившись з висновком місцевого суду про відсутність у діях ОСОБА_3 складу цього злочину, зазначив, що до її компетенції як депутата Севастопольської міської ради не входило прийняття безпосередньо нею рішення про затвердження розробленого проекту відведення та матеріалів щодо вибору земельної ділянки.

В іншій справі Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 14 серпня 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_1 змінив, перекваліфікував її дії з частини другої статті 368 КК на частину першу статті 190 КК, встановивши, зокрема, що ОСОБА_1, будучи службовою особою, у силу своїх обов'язків та функцій не була наділена правом приймати рішення по суті питання.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженого ОСОБА_1.1 та захисників Махині В.П. і Борзенкова Ю.В., які підтримали заяву, прокурора про задоволення заяви частково, перевірила матеріали справи та, обговоривши доводи, зазначені у заяві, дійшла висновку про таке.

Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою засудженого ОСОБА_1.1 допущена до провадження Верховного Суду України відповідно до порядку, визначеному главою 32^{1} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} цього ж Кодексу.

Відповідно до цієї норми закону Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень, що набрали законної сили, у разі неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і не переглядає судові рішення касаційного суду з підстав порушення норм процесуального закону.

Предметом перегляду зазначеної справи є неоднакова правова оцінка судом касаційної інстанції питання належного суб'єкта (службова особа, яка здійснює функції представника влади) такого злочину, як одержання хабара та розуміння поняття кваліфікуючої ознаки цього злочину – «вимагання хабара».

Виходячи із фактичного змісту судових рішень, наданих для порівняння неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм кримінального закону стосовно розуміння кваліфікуючої ознаки – «вимагання хабара», суспільно небезпечне діяння, за вчинення якого засуджено ОСОБА_1.1, за характером дій, мотивом, за об'єктивною стороною та суб'єктним складом є подібним до суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено порівнювані рішення.

Правова позиція з цього питання раніше висловлювалась Верховним Судом України у постанові від 4 жовтня 2012 року в справі № 5-14кс12 щодо ОСОБА_1.

Зокрема, Верховний Суд України констатував, що така ознака, як вимагання хабара може бути поставлена за провину лише в тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або не вчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам. Тобто законність прав та інтересів, які хабародавець

захищає шляхом дачі хабара, має бути однією із основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну від цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабара виключається.

За фактичних обставин справи, коли службова особа вимагає дати їй хабар, а особа, яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара.

У кримінальній справі, в якій оспорюється рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що хоча ОСОБА_1.1 із використанням своїх службових повноважень у завуальованій формі й домагався одержати хабар від ОСОБА_2 (детальною перевіркою факту порушень митних правил і причетності до цього ОСОБА_2), проте останній, даючи хабар, усвідомлював, що у такий спосіб незаконно уникне можливих негативних юридичних наслідків з боку органів митної служби, пов'язаних із виходом судна «Оскар», фрахтувальником якого він був, за межі територіальних вод України.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, яке поставлено за провину ОСОБА_1.1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, яка міститься у судових рішеннях, наданих для порівняння, а також практика Верховного Суду України дають підстави стверджувати, що висновок касаційного суду про наявність у діях ОСОБА_1.1 кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» є неправильним і підлягає перегляду.

Відповідно до частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року, якщо Верховний Суд України установить, що судове рішення у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} цього Кодексу, є незаконним, він скасовує його повністю або частково і приймає нове судове рішення, яке має містити висновок про неправильне застосування норми кримінального закону щодо суспільно небезпечного діяння та обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання.

Установлену помилковість правового висновку суду касаційної інстанції не може бути усунуто за чинними правилами перегляду зазначеного рішення. За таких обставин за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (стаття 2 КПК 1960 року) Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України змушена застосувати найприйнятніший спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуте зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність.

У заяві ОСОБА_1.1 стверджував про те, що за своїм фактичним статусом, колом покладених на нього обов'язків він не підпадав під поняття «службова особа». На підтвердження цих доводів засуджений ОСОБА_1.1 послався на судові рішення щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_3 (ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 серпня 2012 року та від 8 травня 2012 року).

Порівняння зазначених рішень з оспореним рішенням в аспекті доводів заяви дає підстави вважати, що ОСОБА_1.1 не надав для порівняння судових

рішень, в яких особи зі статусом і повноваженнями, подібними до тих, що мав ОСОБА_1.1, визнавались неслужбовими особами.

Тому Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України процесуально позбавлена можливості переглядати ці твердження заяви засудженого.

Ураховуючи викладене, ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року щодо ОСОБА_1.1 слід визнати незаконною й такою, що підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи належить провести відповідно до вимог закону.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву засудженого ОСОБА_1.1 задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 жовтня 2012 року щодо ОСОБА_1.1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 травня 2013 року у справі № 5-14кс13

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно отримає у приватну власність земельну ділянку)

Законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом давання хабара, має бути однією з основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну від цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабара виключається.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що хоча винувата із використанням своїх службових повноважень й домагалася хабара від хабародавців, проте останні, даючи його, усвідомлювали, що у такий спосіб незаконно отримають у приватну власність земельну ділянку.

(Витяг)

Вироком Баришівського районного суду Київської області від14 грудня 2011 року ОСОБА_28, ІНФОРМАЦІЯ_1, таку, що не має судимості, засуджено за:

- частиною другою статті 15 і частиною другою статті 190 Кримінального кодексу України (далі - КК) до позбавлення волі на строк один рік шість місяців;

- частиною другою статті 190 КК до позбавлення волі на строк два роки;

- частиною першою статті 364 КК до арешту на строк шість місяців із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на два роки;

- частиною першою статті 366 КК до штрафу в розмірі 850 грн із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на два роки;

- частиною другою статті 364 КК до позбавлення волі на строк п'ять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на три роки;

- частиною другою статті 366 КК до позбавлення волі на строк чотири роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій строком на три роки;

- частиною третьою статті 368 КК до позбавлення волі на строк десять років із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є її власністю.

На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання - позбавлення волі на строк десять років один місяць із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій, строком на три роки з конфіскацією всього майна, яке є її власністю, та позбавленням рангу державного службовця. Штраф постановлено виконувати самостійно.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 19 березня 2012 року вирок щодо ОСОБА_28 залишив без змін.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 17 січня 2013 року судові рішення стосовно ОСОБА_28 змінила: на підставі частини п'ятої статті 74 КК звільнила її від покарання за злочини, передбачені частиною першою статті 364 і частиною першою статті 366 КК, у зв'язку із закінченням строків давності.

Постановлено вважати ОСОБА_28 засудженою за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 15 і частиною другою статті 190, частиною другою статті 190, частиною першої статті 364, частиною першою статті 366, частиною другою статті 364, частиною другою статті 366, частиною третьою статті 368 КК, до покарання, визначеного судом.

ОСОБА_28 визнано винною в тому, що у період із 2007 по 2009 рік вона за обставин, викладених у вироку, умисно з корисливих мотивів, діючи в інтересах третіх осіб, обіймаючи посаду голови Селичівської сільської ради

Баришівського району Київської області, зловживала повноваженнями та службовим становищем, чим завдала істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним та громадським інтересам, зокрема вчинила службове підроблення - умисно внесла до офіційних документів завідомо неправдиві відомості, склала і видала ці документи, що спричинило тяжкі наслідки; заволоділа чужим майном шляхом зловживання довірою, діючи повторно, що завдало значної шкоди потерпілому; за попередньою змовою групою осіб намагалася заволодіти чужим майном шляхом зловживання довірою, яке завдало значної шкоди потерпілому. Цим же вироком ОСОБА_28 визнано винною в тому, що вона за сприяння в одержанні земельних ділянок, які знаходяться за межами с. Селичівка і прийняття рішення про надання яких перебувало у компетенції голови районної державної адміністрації, вимагала хабара в особливо великому розмірі.

У заяві захисник ОСОБА_18 просить скасувати ухвалу суду касаційної інстанції від 17 січня 2013 року та направити справу на новий касаційний розгляд. На його думку, ОСОБА_28 не має нести кримінальної відповідальності за одержання хабара, оскільки вона за своїм службовим становищем не могла вчинити за винагороду тих дій, які їй інкриміновані. Обґрунтовуючи свою позицію, захисник послався на те, що до повноважень сільського голови не належить вирішення питання про надання громадянам у власність земельних ділянок, розташованих поза межами населених пунктів. Він вказує також на неоднакове застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність за вимагання хабара. На думку автора заяви, у діях ОСОБА_28 відсутня ця ознака злочину.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні касаційного суду заявник посилається на правову позицію, зазначену в ухвалі Верховного Суду України від 6 листопада 2007 року та ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 травня 2011 року та 14 лютого 2013 року, в яких за обставин, подібних до суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_28, кваліфікуюча ознака - вимагання хабара - не застосовувалася.

Захисник також посилається на ухвалу Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року.

Рішеннями судів у цих справах ОСОБИ, яким були інкриміновані вимагання хабара, попри те, що вони мали такий самий службовий статус, як і ОСОБА_28 (керівники місцевих органів державної влади та місцевого самоврядування) та чинили дії, подібні до дій засудженої, були визнані невинуватими в інкримінованих їм злочинах і виправдані.

Крім того, захисник ОСОБА_18 стверджує, що суд неоднаково застосував положення частини першої статті 366 КК, оскільки до основного покарання у виді штрафу додатково призначив покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади і займатися певною діяльністю, що суперечить точному змісту цієї норми закону.

Касаційний суд, погодившись із кваліфікацією дій ОСОБА_28 за частиною другою статті 364 і частиною другою статті 366 КК за кваліфікуючою ознакою заподіяння тяжких наслідків, допустив подвійне інкримінування особі заподіяння одних і тих самих наслідків, що є неприпустимим.

На обґрунтування своєї позиції захисник ОСОБА_18 посилається на ухвалу Верховного Суду України від 31 березня 2011 року, в якій за злочини, подібні до тих, що інкриміновані ОСОБА_28, додаткове покарання до основного покарання у виді штрафу не призначалося.

На підтвердження неоднакового застосування частини другою статті 366 КК захисник ОСОБА_18 послався на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 вересня 2012 року, зі змісту якої вбачається, що касаційний суд не погодився з рішенням місцевого суду про кваліфікацію дії ОСОБА_1 та ОСОБА_2, зазначивши, що службове підроблення є способом зловживання службовим становищем і становить із ним ідеальну сукупність, а тому не потребує кваліфікації за ознакою спричинення тяжких наслідків.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про часткове задоволення заяви, захисника ОСОБА_18 на підтримку доводів заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, зазначені в заяві, та наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку про таке.

Відповідно до пункті 4 примітки до статті 368 КК вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть завдати шкоди правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Щодо правильного розуміння законодавчого визначення вимагання хабара Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України уже висловлювала свою правову позицію про те, що вимагання хабара може бути поставлена за провину лише у тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара, погрожуючи вчиненням або невчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам.

Тобто законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, має бути однією з основних і обов'язкових ознак вимагання.

На відміну від цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабара виключається.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення касаційного суду, встановлено, що хоча ОСОБА_28 із використанням своїх службових повноважень й домагалася хабара від ОСОБА_19 та ОСОБА_20, проте останні,

даючи його, усвідомлювали, що у такий спосіб незаконно отримають у приватну власність земельну ділянку.

Правова оцінка фактичних та юридичних підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_28, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, які надані для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції в оспореному рішенні неправильно застосував положення закону про вимагання хабара і тим самим неоднаково кваліфікував дії винуватої.

Щодо порушених у заяві захисника питань про подвійне інкримінування наслідків, передбачених частиною другою статті 364 та частиною другою статті 366 КК, та неприпустимість призначення за злочин, передбачений статтею 366 КК, додаткового покарання - позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю до основного покарання у виді штрафу Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України раніше неодноразово висловлювала свою правову позицію. Її суть полягає в тому, що неприпустимо двічі інкримінувати особі одні й ті самі наслідки, передбачені різними нормами закону про кримінальну відповідальність, та призначати додаткове покарання - позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю до основного покарання у виді штрафу у разі визнання винним у вчиненні службового підроблення (справа № 5-18 кс 11 стосовно Л.; постанова Верховного Суду України від 7 лютого 2013 року, справа № 5-31 кс 12 стосовно Р.; постанова Верховного Суду України від 21 березня 2013 року, справа № 5-2 кс 13 стосовно А.).

Одним із доводів захисника ОСОБА_18 було те, що в діях ОСОБА_28 відсутні ознаки одержання хабара, оскільки вона за своїм службовим становищем не могла вчинити за винагороду тих дій, які були їй інкриміновані. Такі твердження захисника є непереконливими.

Із фактичних обставин справи, які суд касаційної інстанції визнав установленими, вбачається, що ОСОБА_28 як сільський голова запевнила хабародавців у тому, що вона із використанням свого службового становище посприяє у прийнятті позитивного для них рішення головою Баришівської районної державної адміністрації Київської області, до повноважень якого належить передача у власність земельної ділянки, і виконає ті дії, які входять до її компетенції та є необхідними для прийняття зацікавленого рішення.

ОСОБА_28, виконуючи обіцянку, особисто виготовила клопотання на ім'я голови Баришівської районної державної адміністрації з проханням виділити земельну ділянку площею 9 га для ведення садівництва; висновок про погодження проекту землеустрою щодо відведення земельних ділянок у власність громадянам України для ведення індивідуального садівництва; підписала викопіювання земельних ділянок, що передаються у власність. З урахуванням цього клопотання і доданих документів голова Баришівської районної державної адміністрації прийняв рішення в інтересах хабародавців.

Між цим результатом і діями ОСОБА_28 наявний причинний зв'язок, оскільки використані ОСОБА_28 службові повноваження були тією

необхідною умовою, без якої злочинний результат не настав би. Оскільки дії, внаслідок яких зацікавлені особи незаконно отримали земельні ділянки, пов'язані з даванням хабара, отримання якого ОСОБА_28 усвідомлювала та розуміла, а особи, які його давали, розуміли, що очікуваного незаконного результату вони досягнуть лише після виконання засудженою інкримінованих їй дій, то касаційний суд дійшов правильного висновку про наявність у діях ОСОБА_28 ознак отримання хабара службовою особою, яка займає відповідальне становище.

У судових рішеннях касаційної інстанції щодо ОСОБИ 4 (ухвала Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року) та ОСОБИ 7, ОСОБИ 8 і ОСОБИ 3 (ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року), на які зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, попри подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_28, отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку.

З'ясування причин та умов такого застосування норм закону у зазначених судових рішеннях відповідно до пункту першого частини першої статті 400^{12} і частини другої статті 400^{22} КПК 1960 р., перебуває за межами предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Враховуючи викладене, ухвала касаційного суду підлягає скасуванню, за винятком рішення про закриття справи з нереабілітуючих підстав.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України 2012 року та статтями 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 р., Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву захисника ОСОБА_18 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 січня 2013 року щодо ОСОБА_28 скасувати, за винятком рішення про звільнення засудженої від покарання, призначеного за частиною першою статті 364 і частиною першою статті 366 КК, у зв'язку із закінченням строків давності, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 12 грудня 2013 року
у справі № 5-47кс13

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне застосування щодо неї процедури кримінального провадження)

Якщо представник влади – працівник міліції незалежно від форми вираження пропонує особі дати йому хабар за нереєстрацію та знищення заяви про злочин, що була законним приводом для порушення кримінальної справи і початку кримінального провадження, то в його діях відсутні ознаки вимагання хабара, оскільки особа, яка його дає, у такий спосіб уникає застосування щодо неї процедури кримінального провадження.

(Витяг)

Вироком Амур-Нижньодніпровського районного суду м. Дніпропетровська від 19 лютого 2009 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною другою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) із застосуванням статті 69 КК до позбавлення волі на строк п’ять років з позбавленням права обіймати посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих і адміністративно-господарських обов’язків, на строк три роки без конфіскації майна; на підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням на три роки іспитового строку та покладенням обов’язку, передбаченого пунктом 4 статті 76 КК; на підставі статті 54 КК його позбавлено спеціального звання – «майор міліції».

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що він як дільничний інспектор міліції ІНФОРМАЦІЯ_2 РВ УМВС України в Дніпропетровській області за попередньою змовою з іншим дільничним 4 серпня 2005 року вимагали та одержали від ОСОБА_3 350 грн хабара за нереєстрацію та за знищення заяви ОСОБА_4 про вчинення злочину.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 30 квітня 2009 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Касаційний суд - колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України ухвалою від 22 квітня 2010 року рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_1 залишив без зміни, крім рішення про застосування до засудженого додаткового покарання.

У заяві засуджений ОСОБА_1 стверджує, що ухвала касаційного суду від 22 квітня 2010 року є незаконною, оскільки застосування норми частини другої статті 368 КК до інкримінованих йому дій суперечить практиці Верховного Суду України, тому має бути скасована, а справа направлена на новий касаційний розгляд. На його думку: а) він не є суб’єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК, оскільки не мав повноважень на самостійне прийняття рішень щодо порушення чи відмови в порушенні кримінальної

справи і не міг учинити за винагороду тих дій, які йому інкриміновані; б) не вступав у змову з іншим працівником міліції на вимагання хабара і вилучені у нього 350 грн були отримані для передачі потерпілому як компенсацію за заподіяну злочином шкоду; в) не вимагав хабара.

На підтвердження своїх доводів ОСОБА_1 посилається на ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 березня 2012 року, 21 травня, 16 і 23 липня та 20 серпня 2013 року.

1. Зокрема, про те, що він не є суб'єктом інкримінованого злочину свідчить, на його погляд, правова позиція касаційного суду, наведена в ухвалах від 20 березня 2012 року і 21 травня 2013 року. У першому рішенні касаційний суд не визнав суб'єктом одержання хабара заступника начальника підрозділу бюро судово-медичної експертизи з експертної роботи, який вимагав і одержав від хабародавця 8000 грн за позитивний для нього висновок експертизи, бо винагороду експерт одержав не за використання свого службового становища, а за застосування професійних спеціальних знань. В іншій ухвалі касаційний суд погодився з виправданням оперуповноваженого кримінального розшуку підрозділу внутрішніх справ в одержанні хабара за винесення постанови про відмову в порушенні кримінальної справи щодо хабародавця і при цьому, з-поміж іншого, погодився з висновками судів нижчої ланки про те, що виправданий не міг самостійно без погодження з керівництвом приймати рішення, за які одержав гроші.

2. На підтвердження відсутності в його діях кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною другою статті 368 КК, «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб», засуджений послався на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 липня 2013 року, в якій касаційний суд погодився з висновками судів нижчої ланки про виправдання заступника голови Рокитнянської районної державної адміністрації Київської області з питань агропромислового розвитку, який обвинувачувався в одержанні та вимаганні хабара за попередньою змовою з головою Бушевської сільради того ж району. У цій справі суд зазначив, що доказів існування єдиного умислу на вчинення інкримінованих виправданому дій не було здобуто.

3. На обґрунтування неоднаковості у застосуванні кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» заявник послався на ухвали від 16 липня та 20 серпня 2013 року. У першій з них касаційний суд погодився із висновком апеляції про відсутність цієї кваліфікуючої ознаки, оскільки у справі не була мотивована її наявність, а в другій – касаційний суд сам виключив цю ознаку і зазначив, що в ситуації давання хабара за незаконні дії, особа, яка його отримує, вимагання виключається.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю - доповідача, пояснення засудженого ОСОБА_1 і захисника ОСОБА_2 на підтримку поданої заяви, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи,

обговорила доводи заяви і дійшла висновку про таке.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається за наявності підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) та в порядку Глави 32-1 цього Кодексу. Перегляд здійснюється на основі сукупності доказів, встановлених і досліджених судами першої та апеляційної інстанцій (судами факту).

2. Відповідно до положень статей 400^{13} – 400^{18} КПК 1960 року особа, яка має право на подання заяви, звертається до Верховного Суду України (далі – Суд) у строки, передбачені законом, – протягом трьох місяців із дня ухвалення судового рішення, щодо якого заявлено клопотання про перегляд, або з дня ухвалення судового рішення, на яке здійснюється посилання на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні, якщо воно ухвалене пізніше. Заява ОСОБА_1 була подана упродовж трьохмісячного строку з дня ухвалення одного з порівнюваних рішень.

Водночас особа повинна виконати вимоги процесуального закону щодо змісту заяви та порядку її подання. Зокрема, відповідно до пункту третього частини першої статті 400^{16} КПК 1960 року заявник має надати копії конкретних різних за змістом судових рішень, в яких має місце неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь. Строкових обмежень для подання судових рішень, які надаються для порівняння, закон не містить. Отже, якщо заява подана в строки, передбачені законом, немає підстав для її повернення (частина четверта статті 400^{17} КПК 1960 року), а справа допущена до провадження Суду, то висновки касаційного суду, які оспорюються у заяві, порівнюються із висновками касаційного суду у рішеннях, наданих для порівняння, незалежно від часу ухвалення цих рішень.

3. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднаковість розуміння суб’єкта злочину, передбаченого статтею 368 КК, а також у застосуванні таких кваліфікуючих ознак одержання хабара, як «вимагання хабара» та «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб».

4. Відповідно до положень пункту 1 примітки до статті 364 КК (в редакції Закону України від 5 квітня 2001 року № 2341-III, що діяв на момент вчинення злочину засудженим) службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов’язків, або виконують такі обов’язки за спеціальним повноваженням.

При цьому слід мати на увазі, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов’язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості (пункт 1 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про

хабарництво»).

Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що посадова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або хоч і не мала повноважень вчинити відповідні дії, але через своє посадове становище могла вжити заходів до їх вчинення іншими посадовими особами (абзац перший пункту 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»).

5. У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, установлено, що ОСОБА_1 працював в органах внутрішніх справ, обіймав посаду дільничного інспектора міліції і на підставі закону був наділений повноваженнями представника влади. За статусом і своїми службовими повноваженнями він підпадав під визначення службової особи, тому його твердження про те, що він не є суб'єктом хабарництва, є безпідставні.

Те, що в межах конкретних обставин справи ОСОБА_1 не вчинив якихось дій, йому інкримінованих, само по собі не спростовує його статусу як службової особи.

6. Посилання в заяві на висновки касаційного рішення в ухвалі від 20 березня 2012 року є неприйнятними, оскільки суб'єкт діяння у цій справі – експерт, хоча і був наділений адміністративними повноваженнями, однак винагороду отримав не за використання цих повноважень, а за застосування своїх знань під час проведення експертизи. За таких обставин особа, яка їх одержує, не може визнаватися службовою, а винагорода – хабарем. В іншій справі в основу були покладені не так судження, що дільничний інспектор не є суб'єктом хабарництва, як твердження про відсутність доказів його вини у вчиненні інкримінованого йому діяння.

7. Одержання хабара за попередньою змовою осіб має кваліфікуватись якщо: а) злочин вчинили декілька осіб (двоє і більше); б) всі вони є суб'єктами цього злочину – службовими особами; в) мала місце попередня домовленість на вчинення цього злочину. Службові особи визнаються учасниками групи незалежно від того, як були розподілені ролі між ними, і які конкретні дії виконувала у злочині кожна з них. Дії винуватих кваліфікуються за частиною другою статті 368 КК незалежно від того, всі чи лише одна особа виконала (не виконала) обумовлені хабарем дії. Одержання хабара за попередньою змовою групою осіб вважається закінченим злочином з моменту прийняття хабара хоча б одним її учасником.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 встановлено, що ОСОБА_3 зустрічався з ОСОБА_1 у його службовому приміщенні у присутності іншого обвинуваченого.

З відома як ОСОБА_1, так і іншого обвинуваченого заява про обвинувачення ОСОБА_3 у злочині не була належним чином зареєстрована. Обидва обвинувачені приїжджали додому до ОСОБА_3, інформували його про заяву із звинуваченням його у крадіжці, вели з ним розмову про необхідність

з’явитися до них у певний час. Обидва були в службовому приміщенні, коли й відбулася передача хабара. Наведені дані свідчать про наявність попередньої змови між обвинуваченими.

8. Правові висновки в ухвалі суду касаційної інстанції від 23 липня 2013 року не містять тверджень, які вказують на неоднакове застосування зазначеної кваліфікуючої ознаки, оскільки в цьому рішенні йдеться не про правову оцінку фактичних обставин справи, а про брак доказів для висновку про вчинення злочину у співучасті, що не становить предмета перегляду Судом.

Таким чином, наведені у заяві ОСОБА_1 доводи про неоднакове застосування судом касаційної інстанції кваліфікуючої ознаки «за попередньою змовою групою осіб» та норм щодо суб’єкта цього злочину є безпідставними і тому в цій частині задоволенню не підлягають.

9. Відповідно до положень пункту 4 примітки до статті 364 КК (в редакції Закону України від 5 квітня 2001 року № 2341-III, що діяв на момент вчинення злочину засудженим), вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа змушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена за провину за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа – хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється: або а) відкритою погрозою, або б) створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки (прихована погроза) його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою хабароодержувача; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди лише правам та законним інтересам хабародавця.

Правильне визначення меж вимагання хабара пролягає через зміст прав та інтересів особи (їх законність чи незаконність), можливість реалізації (захисту) цих прав та інтересів за допомогою хабара, законність чи незаконність дій службової особи, якими вона погрожує, у разі відмови від давання хабара, а також через спрямованість погроз службової особи на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Найбільш значущою ознакою вимагання є те, що примушування до хабара може бути вчинено тільки за допомогою погрози заподіяння шкоди правоохоронюваним, законним інтересам особи. При цьому під законними інтересами слід розуміти інтереси, які забезпечуються нормами закону (до яких можна застосувати нормативний критерій), а також ті, що не суперечать чинному законодавству. Згідно з роз’ясненнями, які містяться в Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004, незаконний інтерес, на відміну від правоохоронюваного, не захищається ні

законом, ні правом і не повинен задовольнятись чи забезпечуватись ним.

За законодавчим визначенням, не може розглядатися як вимагання хабара погроза з боку хабароодержувача вчинити відносно хабародавця законні дії, хоча вони й зачіпають законні інтереси останнього.

Суд раніше неодноразово висловлював свою правову позицію з приводу вірного розуміння законодавчого визначення вимагання хабара і констатував, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, одержати незаконні пільги або переваги тощо, то вимагання хабара виключається (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України: № 5-14кс12 від 4 жовтня 2012 року, № 5-13кс13 від 23 травня 2013 року, № 5-14кс13 від 30 травня 2013 року, № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року).

10. Суспільно небезпечне діяння, за вчинення якого засуджено ОСОБА_1, за об'єктивними та суб'єктними ознаками є подібним до суспільно небезпечних діянь, щодо яких у зазначеному аспекті ухвалено названі вище порівнювані рішення суду касаційної інстанції, проте воно отримало інакшу, ніж у порівнюваних рішеннях, кримінально правову оцінку.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 установлено, що незважаючи на те, що після надходження заяви ОСОБА_4 про злочин мала бути відкрита передбачена процесуальним законом процедура кримінального провадження (статті 94-97 КПК 1960 року), яка давала ОСОБА_3 законну можливість захистити свої права та законні інтереси. Однак, ОСОБА_3, бажаючи уникнути застосування щодо нього процедури кримінального переслідування, у відповідь на пропозицію ОСОБА_1 дав йому хабара за нереєстрацію та знищення заяви про злочин. Таким чином ОСОБА_3 за допомогою хабара домігся задоволення свого незаконного інтересу, який полягав у непроведенні щодо нього перевірки заяви про злочин і прийняття рішення про порушення кримінальної справи або про відмову в її порушенні.

Зазначені обставини не давали касаційній інстанції підстав вважати, що ОСОБА_1 вимагав хабара у ОСОБА_3, у цій частині рішення касаційного суду є незаконним і підлягає скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд.

В контексті конкретних обставин справи належить зробити такий висновок. Якщо представник влади – працівник міліції незалежно від форми вираження пропонує особі дати йому хабар за нереєстрацію та знищення заяви про злочин, що була законним приводом для порушення кримінальної справи і початку кримінального переслідування, а така особа, хоча й заперечує свою провину у звинуваченні, але не бажає реєстрації заяви, відкриття процедури кримінального переслідування, і тому погоджується на пропозицію, дає хабар, то в діях представника влади, який пропонує дати хабар, відсутні ознаки його вимагання, оскільки особа, яка його дає, у такий спосіб уникає застосування щодо неї процедури кримінального провадження.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями

400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_1 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 квітня 2010 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 грудня 2013 року у справі № 5-43кс13

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб незаконно уникне адміністративної відповідальності за правопорушення)

Найбільш значущою ознакою вимагання хабара є те, що примушування до давання хабара може бути вчинено тільки за допомогою погрози заподіяння шкоди правоохоронюваним, законним інтересам особи. При цьому під законними інтересами слід розуміти інтереси, які забезпечуються нормами закону (до яких можна застосувати нормативний критерій), а також ті, що не суперечать чинному законодавству. Згідно з роз'ясненнями, які містяться в рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004, незаконний інтерес, на відміну від правоохоронюваного, не захищається ні законом, ні правом і не повинен задовольнятись чи забезпечуватись ним.

Якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, одержати незаконні пільги або переваги тощо, то вимагання хабара виключається.

(Витяг)

Вироком Царичанського районного суду Дніпропетровської області від 21 травня 2009 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною третьою статті 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, на строк два роки шість місяців, з конфіскацією 1/6 частини майна, яке є його власністю, за частиною другою статті 368 КК до позбавлення волі на строк п'ять років один місяць з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-

розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, на строк три роки, з конфіскацією 1/5 частини майна, яке є його власністю, на підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів до остаточного покарання - позбавлення волі на строк п'ять років один місяць з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, на строк три роки, з конфіскацією 1/5 частини майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що 27 липня 2006 року він як старший інспектор патрульної служби відділення охорони громадського порядку ІНФОРМАЦІЯ_2 РВ УМВС України в Дніпропетровській області, за попередньою змовою з іншим інспектором за укриття дорожньо-транспортної пригоди і непритягнення ОСОБА_2 до адміністративної відповідальності вимагали від нього 1000 грн хабара, який одержали частинами 27 липня – 600 грн і 29 липня – 400 грн.

Дії ОСОБА_1, пов'язані з нереєстрацією виявленої дорожньо-транспортної пригоди та нескладенням протоколу про адміністративне правопорушення, які передували одержанню хабара, розцінені як зловживання службовим становищем працівником правоохоронного органу за ознакою заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом державним інтересам у виді підриву авторитету та престижу органів внутрішніх справ.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 17 серпня 2010 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Касаційний суд - колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України - ухвалою від 17 березня 2011 року вирок місцевого та ухвалу апеляційного судів щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

У заяві засуджений ОСОБА_1 стверджує про неоднакове застосування касаційним судом однієї й тієї самої норми про кримінальну відповідальність щодо розуміння вимагання хабара. На думку автора заяви, в його діях відсутня ця кваліфікуюча ознака злочину, передбаченого частиною другою статті 368 КК. Просить скасувати ухвалу касаційного суду від 17 березня 2011 року, постановити нове рішення, яким виключити зазначену кваліфікуючу ознаку та застосувати положення статей 69 і 75 КК.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні засуджений послався на ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня і 28 травня 2013 року. У першій з них касаційний суд виключив із рішень судів нижчої ланки про засудження працівників правоохоронного органу, які вимагали та одержали хабар за нефіксування в акті перевірки порушень, виявлених у виробничій сфері виправної колонії, кваліфікуючу ознаку - вимагання хабара, оскільки вимогу засуджених про давання хабара було спрямовано на задоволення протизаконних інтересів хабародавців. Іншою – з вироку апеляційного суду про засудження начальника ВДАІ Шполянського РВ УМВС України в Черкаській області, який вимагав і одержав хабар за повернення посвідчення водія, касаційний суд виключив ознаку - вимагання хабара, бо дії засудженого, за які він одержав хабара, були направлені на

задоволення явно незаконних інтересів хабародавця.

Крім того, на обґрунтування своєї позиції засуджений ОСОБА_1 долучив до заяви ухвали Верховного Суду України від 28 вересня та 4 листопада 2010 року, а також Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 січня, 12 березня та 25 квітня 2013 року, у яких за обставин, подібних до інкримінованого йому суспільно небезпечного діяння, кваліфікуюча ознака «вимагання хабара» виключалася.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала доповідь судді – доповідача, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження, обговорила вимоги, зазначені в заяві, та дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою засудженого ОСОБА_1 допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32^{1} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК 1960 року), і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

2. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднаковість у розумінні судом касаційної інстанції такої кваліфікуючої ознаки одержання хабара як його вимагання.

3. Відповідно до положень пункту 4 примітки до статті 364 КК (в редакції Закону України від 5 квітня 2001 року № 2341-III, що діяв на момент вчинення злочину засудженим), вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа змушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена за провину за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа – хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється: або а) відкритою погрозою, або б) створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки (прихована погроза) його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою хабароодержувача; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди лише правам та законним інтересам хабародавця.

Правильне визначення меж вимагання хабара пролягає через зміст прав та інтересів особи (їх законність чи незаконність), можливість реалізації (захисту) цих прав та інтересів за допомогою хабара, законність чи незаконність дій службової особи, якими вона погрожує, у разі відмови від давання хабара, а

також через спрямованість погроз службової особи на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Найбільш значущою ознакою вимагання є те, що примушування до хабара може бути вчинено тільки за допомогою погрози заподіяння шкоди правоохоронюваним, законним інтересам особи. При цьому під законними інтересами слід розуміти інтереси, які забезпечуються нормами закону (до яких можна застосувати нормативний критерій), а також ті, що не суперечать чинному законодавству. Згідно з роз'ясненнями, які містяться в Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004, незаконний інтерес, на відміну від правоохоронюваного, не захищається ні законом, ні правом і не повинен задовольнятись чи забезпечуватись ним.

За законодавчим визначенням, не може розглядатися як вимагання хабара погроза з боку хабароодержувача вчинити відносно хабародавця законні дії, хоча вони й зачіпають законні інтереси останнього.

4. Верховний Суд України раніше неодноразово висловлював свою правову позицію з приводу правильного розуміння законодавчого визначення вимагання хабара і констатував, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, одержати незаконні пільги або переваги тощо, то вимагання хабара виключається (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України: № 5-14кс12 від 4 жовтня 2012 року, № 5-13кс13 від 23 травня 2013 року, № 5-14кс13 від 30 травня 2013 року, № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року, № 5-47кс13 від 12 грудня 2013 року).

5. Суспільно небезпечне діяння, за вчинення якого засуджено ОСОБА_1, за об'єктивними та суб'єктними ознаками є подібним до суспільно небезпечних діянь, щодо яких у зазначеному аспекті ухвалено названі вище порівнювані рішення суду касаційної інстанції, проте воно отримало інакшу, ніж у порівнюваних рішеннях, кримінально правову оцінку.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 установлено, що він як працівник міліції, маючи достовірну інформацію про порушення ОСОБА_2 правил дорожнього руху і вчинення дорожньо-транспортної пригоди, не зареєстрував її у передбаченому законом порядку, не склав відповідний протокол, а ОСОБА_2, бажаючи уникнути відповідальності за вчинене ним порушення правил дорожнього руху, у відповідь на пропозицію ОСОБА_1, дав йому хабара. Тобто ОСОБА_2 за допомогою хабара намагався задовольнити свій незаконний інтерес.

6. Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, інкримінованого ОСОБА_1, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, яка міститься у порівнюваних судових рішеннях, а також практика Верховного Суду України дають підстави стверджувати, що висновок касаційного суду про наявність у діях ОСОБА_1 кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» є неправильним.

7. Відповідно до частини другої статті 400^{22} КПК 1960 року, якщо

Верховний Суд України установить, що судове рішення у справі, яка переглядається з підстави, передбаченої пунктом 1 частини 1 статті 400^{12} цього Кодексу, є незаконним, він скасовує його повністю чи частково і приймає нове (остаточне) судове рішення, яке має містити висновок про неправильне застосування норми кримінального закону щодо суспільно небезпечного діяння та обґрунтування помилковості висновків суду касаційної інстанції з цього питання.

Оскільки у даній кримінальній справі Верховний Суд України встановив помилковість висновків суду касаційної інстанції, однак процесуально позбавлений можливості постановити нове (остаточне) судове рішення, яке передбачає втручання у рішення судів нижчої ланки, тому за відсутності іншого законодавчо визначеного способу забезпечення виконання завдань кримінального судочинства (стаття 2 КПК 1960 року), змушений застосувати найбільш прийнятний спосіб захисту порушеного права через відновлення касаційного перегляду, під час якого має бути усунуте зазначене неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність, а також можуть бути розглянуті доводи заявника про пом'якшення покарання.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_1 задовольнити.

Ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 березня 2011 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 28 травня 2015 року у справі № 5-14кс15

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне уникнути негативних наслідків – перевірки та проведення експертизи)

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може мати місце за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа – хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється: або а) відкритою погрозою, або б) створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з такою вимогою; 3) дії, виконанням

(невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем, і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, інкримінованого винуватому, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, яка міститься у порівнюваних судових рішеннях, а також практика Верховного Суду України дають підстави стверджувати, що висновок касаційного суду про наявність у діях винуватого кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» є неправильним.

(Витяг)

Вироком Суворовського районного суду м. Херсона від 25 листопада 2013 року ОСОБА_3 засуджено за: частиною першою статті 190 Кримінального кодексу України (далі – КК) до обмеження волі на строк один рік; частиною другою статті 190 КК до позбавлення волі на строк два роки; частиною першою статті 364 КК (в редакції 2001 року) до обмеження волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк один рік; частиною другою статті 368 КК (в редакції 2001 року) до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк три роки.

Відповідно до частини першої статті 70 КК ОСОБА_3 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк три роки. На підставі статті 75 КК його звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки з покладенням обов'язків, передбачених пунктом 3 частини першої статті 76 цього Кодексу.

За частиною першою статті 190, частиною першою статті 364 (в редакції 2001 року) КК ОСОБА_3 звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності.

Вироком Апеляційного суду Херсонської області від 30 вересня 2014 року вирок Суворовського районного суду м.Херсона від 25 листопада 2013 року в частині призначення ОСОБА_3 покарання та застосування частини п'ятої статті 74, статті 49 КК скасовано і призначено покарання за: частиною першою статті 190 КК у виді обмеження волі на строк один рік та на підставі частини п'ятої статті 74, статті 49 КК його звільнено від покарання у зв'язку із закінченням строків давності; частиною першою статті 364 КК (в редакції 2001 року) у виді обмеження волі на строк два роки з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк один рік та на підставі частини п'ятої статті 74, статті 49 КК звільнено від покарання у зв'язку із закінченням строків давності; частиною другою статті 190 КК у виді позбавлення волі на строк 2 роки; частиною другою статті 368 КК (в редакції 2001 року) у виді позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк три роки.

Відповідно до частини першої статті 70 КК ОСОБА_3 визначено остаточне

покарання – позбавлення волі на строк п’ять років з позбавленням права обіймати посади, пов’язані з організаційно-розпорядчими функціями, на строк три роки. На підставі статті 75 КК його звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з іспитовим строком три роки та покладено обов’язки, передбачені пунктом 3 частини першої статті 76 цього Кодексу.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 16 грудня 2014 року вирок Апеляційного суду Херсонської області від 30 вересня 2014 року щодо ОСОБА_3 залишила без зміни.

ОСОБА_3 визнано винуватим та засуджено за те, що він, за обставин, які встановив суд та навів у вироку, у червні 2009 року, як службова особа – провідний спеціаліст, державний інспектор з карантину рослин пункту карантину рослин ІНФОРМАЦІЯ_1, був обізнаний, що акти фітосанітарного контролю підкарантинних матеріалів не входять до переліку платних послуг, передбачених постановою Кабінету Міністрів України №578 від 25 червня 2008 року, зловживаючи своїм службовим становищем, всупереч інтересам служби, умисно, з корисливих мотивів, шляхом обману одержав від бухгалтера ОСОБА_4, яка діяла за вказівкою приватного підприємця ОСОБА_6, 200 грн. за оформлення та видачу вказаного акту зазначеному приватному підприємцю, чим завдав ОСОБА_6 матеріальну шкоду на зазначену суму.

Також ОСОБА_3 у період з серпня по жовтень 2009 року, у такий же спосіб, повторно заволодів грошима потерпілих ОСОБА_7 в сумі 200 грн.; ОСОБА_8 – 250 грн.; ОСОБА_9 – 200 грн.; ОСОБА_10 – 500 грн.; ОСОБА_11 – 500 грн.; ОСОБА_12 – 200 грн.; ОСОБА_13 – 100 грн.; ОСОБА_14 – 600 грн.; ОСОБА_15 – 200 грн., всього на загальну суму 2450 грн.

Такими діями ОСОБА_3, крім того, як службова особа, зловживаючи своїм службовим становищем, всупереч інтересам служби, умисно, з корисливих мотивів заволодів грошима потерпілих на загальну суму 2450 грн., внаслідок чого завдав державі істотної шкоди у виді підриву авторитету та престижу Державної інспекції з карантину рослин в Херсонській області як державного контролюючого органу.

Крім того, 6 березня 2010 року, об 11 годині 45 хвилин, у приміщенні ІНФОРМАЦІЯ_2 ОСОБА_3, як службова особа, здійснюючи функції представника влади, одержав від ОСОБА_16 в якості хабара гроші в сумі 1500 грн. та 150 грн. для проведення офіційних платежів, які вимагав у неї за оформлення та отримання акту фітосанітарного контролю, який видається безкоштовно, оскільки не входить до переліку платних послуг, передбачених постановою Кабінету Міністрів України від 25 червня 2008 року, після чого видав ОСОБА_16 акт фітосанітарного контролю №ІНФОРМАЦІЯ_3 від 5 березня 2010 року.

У заяві засуджений ОСОБА_3 порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 грудня 2014 року щодо нього та направлення справи на новий касаційний розгляд, оскільки, на його думку, суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування

однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. Засуджений вважає, що в його діях відсутні кваліфікуючі ознаки частини другої статті 368 КК «вимагання хабара» та частини п'ятої статті 190 КК – «повторність».

На обґрунтування неоднакового правозастосування частини п'ятої статті 368 КК засуджений послався на ухвали касаційного суду від 28 березня 2013 року, 4 лютого 2014 року та 13 лютого 2014 року. У цих рішеннях суд касаційної інстанції за подібних, на думку засудженого, обставин виключив з кваліфікації дій засуджених осіб кваліфікуючу ознаку – вимагання хабара.

Так, в ухвалі суду касаційної інстанції від 28 березня 2013 року змінено судові рішення щодо ОСОБА_1, при кваліфікації її дій за частиною другою статті 368 КК суд виключив кваліфікуючу ознаку – вимагання хабара, мотивував своє рішення тим, що хабародавець ОСОБА_2 передав хабар ОСОБА_1 за неповідомлення дійсних результатів перевірки щодо дотримання вимог законодавства про працю, що могло стати підставою для притягнення його до відповідальності, тобто хабародавець сам прагнув обійти закон і був зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи.

У наданих для порівняння рішеннях від 4 лютого 2014 року та 13 лютого 2014 року суд касаційної інстанції з таких же підстав за відсутності загрози законним правам чи інтересам хабародавців виключав з обвинувачення засуджених осіб кваліфікуючу ознаку вимагання хабара.

На підтвердження неоднакового застосування норм кримінального закону щодо визначення повторності злочину ОСОБА_3 надав копії ухвал колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 квітня 2010 року та ухвалу спільного засідання Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії Верховного Суду України від 12 березня 2008 року, в яких при кваліфікації дій засуджених осіб було виключено з їх обвинувачення кваліфікуючу ознаку – вчинення злочину повторно, оскільки на момент вчинення злочинів, за які їх засуджували, судимості за попередні злочини були погашені.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю – доповідача, пояснення засудженого ОСОБА_3 та його захисника ОСОБА_3.1, які підтримали заяву, просили скасувати рішення суду касаційної інстанції у зв'язку з неоднаковим застосуванням кримінального закону, прокурора, який заперечував проти задоволення заяви засудженого у зв'язку з відсутністю підстав для виключення з обвинувачення кваліфікуючих ознак: за частиною другою статті 368 КК - вимагання хабара, а за частиною другою статті 190 КК – повторність, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження, обговорила вимоги, зазначені в заяві, та дійшла такого висновку.

Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою засудженого ОСОБА_3 допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32^1

Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Предметом перегляду справи є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо розуміння такої кваліфікуючої ознаки одержання хабара, як його вимагання, та кваліфікуючої ознаки частини другої статті 190 КК – повторність.

Верховний Суд України раніше неодноразово висловлював свою правову позицію з приводу правильного розуміння законодавчого визначення вимагання хабара і констатував, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, одержати незаконні пільги або переваги тощо, то вимагання хабара виключається (постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України: № 5-14кс12 від 4 жовтня 2012 року, № 5-13кс13 від 23 травня 2013 року, № 5-14кс13 від 30 травня 2013 року, № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року, № 5-47кс13 від 12 грудня 2013 року, № 5-42кс13 від 7 листопада 2013 року, № 5-43кс13 від 26 грудня 2013 року, № 5-20кс14 від 13 листопада 2014 року, № 5-19кс14 від 26 червня 2014 року).

Відповідно до положень пункту 4 примітки до статті 368 КК (в редакції Закону України від 5 квітня 2001 року № 2341-III, який діяв на момент вчинення злочину), вимаганням хабара визнаються дії службової особи, що супроводжуються погрозою вчинення або не вчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа змушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена за провину за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа – хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється: або а) відкритою погрозою, або б) створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з такою вимогою; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем, і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Суспільно небезпечне діяння, за вчинення якого засуджено ОСОБА_3, за об’єктивними та суб’єктними ознаками є подібним до суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалено рішення суду касаційної інстанції, що надані для порівняння, але воно отримало іншу, ніж у порівнюваних рішеннях, кримінально правову оцінку.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_3 установлено, що він, як службова особа – провідний спеціаліст, державний інспектор з карантину рослин пункту

карантину рослин ІНФОРМАЦІЯ_1 вимагав у ОСОБА_16 в якості хабара гроші в сумі 1500 грн. за оформлення та отримання акту фітосанітарного контролю, а ОСОБА_16, бажаючи уникнути негативних наслідків (перевірки та проведення експертизи), у відповідь на пропозицію ОСОБА_3, дала йому хабар. Тобто за допомогою хабара ОСОБА_16 намагалася задовольнити свій незаконний інтерес.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діяння, інкримінованого ОСОБА_3, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь, яка міститься у порівнюваних судових рішеннях, а також практика Верховного Суду України дають підстави стверджувати, що висновок касаційного суду про наявність у діях ОСОБА_3 кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» є неправильним.

Посилання засудженого ОСОБА_3 на правові висновки в ухвалах колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 квітня 2010 року та спільного засідання Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії Верховного Суду України від 12 березня 2008 року щодо кваліфікації його діянь за ознакою повторності, не можуть бути підставою для переоцінки правового висновку рішення касаційного суду щодо кваліфікації його дій за частиною 2 статті 190 КК.

Відповідно до вимог частини 4 статті 32 КК повторність відсутня, якщо за раніше вчинений злочин особу було звільнено від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених законом, або якщо судимість за цей злочин було погашено або знято.

В ухвалі Верховного Суду України від 15 квітня 2010 року при кваліфікації дій ОСОБА_5 з її обвинувачення було виключено кваліфікуючу ознаку – вчинення злочину повторно, оскільки на момент вчинення злочинів, за які її засуджували, судимість за попередній злочин була погашена.

ОСОБА_3 визнано винуватим у вчиненні 10 епізодів злочину, передбаченого частиною другою статті 190 КК України, що, відповідно до частини 1 статті 32 КК, утворює повторність злочинів і на момент їх вчинення не сплинули строки давності притягнення до кримінальної відповідальності та погашення судимості за злочин, передбачений частиною 1 статті 190 КК.

Посилання засудженого ОСОБА_3 на ухвалу Верховного Суду від 12 березня 2008 року, як на приклад неоднакового правозастосування, є неприйнятним, оскільки вона постановлена Верховним Судом України на спільному засіданні Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії і за своєю правовою природою не є рішеннями суду касаційної інстанції.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву засудженого ОСОБА_3 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від

16 грудня 2014 року щодо ОСОБА_3 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-124кс15

(рішення про неправильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне «обійти» закон і домогтися свого незаконного інтересу)

Якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або невчиненням дій, які можуть завдати шкоди правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх прав та законних інтересів, дії одержувача хабара слід розглядати як такі, що поєднані з вимаганням останнього. На відміну від цього, вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, одержати незаконні пільги, переваги тощо.

Винуватий, використовуючи свої службові повноваження, домагався хабара від ОСОБА 3 за вчинення по суті протиправних дій з виділення земельної ділянки у власність ОСОБА 3 не для сільськогосподарського використання, а останній, даючи хабар, усвідомлював це і був зацікавлений у такій неправомірній поведінці службової особи, та, не маючи наперед визначених законом підстав для отримання у власність 24 га землі для ведення туристичного бізнесу, прагнув обійти закон, домогтися свого незаконного інтересу, в тому числі і шляхом одержання переваги в отриманні земельної ділянки у власність для здійснення підприємницької діяльності.

Установивши зазначені обставини, суд помилково визнав наявною в діях винуватих кваліфікуючу ознаку статті 368 КК – одержання хабара, поєднаного з його вимаганням.

(Витяг)

Вироком Снігурівського районного суду Миколаївської області від 11 листопада 2013 року засуджено:

ОСОБА 1, ДАТА 1, раніше не судимого, за вчинення злочину, передбаченого частиною четвертою статті 368 Кримінального кодексу України (далі - КК) (в редакції від 01.07.2012 року) до покарання у виді позбавлення волі на строк одинадцять років із позбавленням права обіймати посади,

пов’язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій в органах державної виконавчої влади, на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його особистою власністю, та на підставі статті 54 КК його позбавлено 5-го рангу державного службовця;

ОСОБА 2, ДАТА 2, раніше не судимого, за вчинення злочину, передбаченого частиною п’ятою статті 27 і частиною четвертою статті 368 КК (в редакції від 01.07.2012 року) до покарання у виді позбавлення волі на строк дев’ять років з конфіскацією 1/2 частини майна, яке є його особистою власністю, та на підставі статті 54 КК його позбавлено спеціального військового звання «капітан».

Згідно з вироком ОСОБА 1 і ОСОБА 2 визнано винуватими і засуджено за вчинення злочину за таких обставин.

ОСОБА 1, працюючи головою Бериславської районної державної адміністрації Херсонської області, будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище та є представником виконавчої влади, під погрозою вчинити дії, які реально могли заподіяти шкоду праву ОСОБА 3 на отримання у власність земельної ділянки, вимагав у нього і 3 липня 2012 року через пособника – свого сина ОСОБА 2, який працював оперуповноваженим Скадовського МРВ УСБУ в Херсонській області і сприяв ОСОБА 1 у вчиненні злочину шляхом надання порад з метою уникнення виявлення і документування злочину та погодився отримати у ОСОБА 3 і передати ОСОБА 1 гроші в якості хабара, одержав від ОСОБА 3 хабар в особливо великому розмірі у сумі 6 927 500 грн. (850 000 доларів США) за надання йому та 11-ти особам, від імені яких той діяв, дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельних ділянок у власність для ведення особистого селянського господарства, затвердження проекту землеустрою та передачу у власність земельних ділянок загальною площею 24 га із земель запасу Отрадокам'янської сільської ради та підписання державних актів на право власності на вказані земельні ділянки.

Ухвалою Апеляційного суду Миколаївської області від 4 липня 2014 року вирок Снігурівського районного суду Миколаївської області від 11 листопада 2013 року щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 залишено без змін (з уточненням редакції частини 4 статті 368 КК – від 07.04.2011 року).

Ухвалою Колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 березня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 залишено без зміни, а касаційні скарги засуджених та їх захисників Верцюха В.В. й Діяментовича Д.Г. – без задоволення.

Захисники Діяментович Д.Г. та Верцюх В.В. звернулися з аналогічними за змістом заявами про перегляд Верховним Судом України ухвали суду касаційної інстанції від 10 березня 2015 року щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, та неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї ж

самої норми права, передбаченої Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК), що також зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, тобто у своїх заявах захисники посилаються на підстави, передбачені пунктами 1, 2 частини першої статті 445 КПК.

Захисники у заявах зазначають, що по справі щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 допущено невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи, однобічність та неповноту досудового розслідування та судового розгляду справи, істотні порушення норм Кримінально-процесуального кодексу (далі - КПК 1960 року) при збиранні і фіксації доказів, їх оцінці судом, у зв'язку з чим вони вважають, що наведені у судових рішеннях докази не підтверджують винуватості засуджених, і це, з огляду на їх доводи, висунуті на захист засуджених, потребувало скасування вироку щодо останніх, чого судами вищих інстанцій зроблено не було.

Також захисники вказують, що відповідно до статті 377 КПК 1960 року в ухвалі апеляційного суду мали бути наведені докладні мотиви прийнятого рішення, усі доводи, що містились в апеляціях, мали бути проаналізовані та жоден з них не повинен був залишитися без відповіді. Однак, на їх думку, апеляційний суд при розгляді їх апеляцій цих вимог не дотримав, що згідно зі статтею 370 КПК 1960 року є істотним порушенням, яке давало підстави для скасування вироку щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2. Однак, як вважають захисники, суд касаційної інстанції на зазначене порушення уваги не звернув і безпідставно визнав, що ухвала апеляційного суду відповідає вимогам статті 377 КПК 1960 року, чим допустив неоднакове застосування норми процесуального права, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

На підтвердження цього захисники надали копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 жовтня 2013 року щодо Особи 1 та від 23 грудня 2014 року щодо Особи 5 і Особи 6. У цих рішеннях касаційний суд, дійшовши висновку про істотні порушення судами вимог КПК 1960 року, зокрема і статті 377, скасував судові рішення з направленням справи на новий судовий розгляд (ухвала від 10 жовтня 2013 року) та на новий апеляційний розгляд (ухвала від 23 грудня 2014 року).

З урахуванням наведених доводів захисники Діяментович Д.Г. та Верцюх В.В. порушують питання про скасування ухвал судів апеляційної і касаційної інстанцій щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 з направленням справи щодо них на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Крім того, захисники посилаються в заявах на те, що, якщо допустити факт одержання засудженими хабара, то, на їх думку, не можна вважати, що в діях засуджених була наявною така кваліфікуюча ознака діяння, як вимагання хабара. Мотивуючи свою позицію, захисники зазначають, що по справі не доведено факту погроз ОСОБА 3 вчиненням ОСОБА 1 з використанням влади дій, які могли б завдати реальної шкоди наперед визначеним законодавством правам та законним інтересам ОСОБА 3, який таких прав і законних інтересів не мав.

На обґрунтування неоднаковості у застосуванні судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права, що стосується кваліфікуючої ознаки статті 368 КК – вимагання хабара, захисники надали копію ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 лютого 2014 року щодо Особи 5, якою рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо Особи 5 змінено, виключено з цих судових рішень кваліфікуючу ознаку одержання хабара, поєднаного з вимаганням, та перекваліфіковано дії Особи 5 з частини 3 на частину 1 статті 368 КК (в редакції від 07.04.2011 року) з призначенням покарання за цим законом.

Захисники вважають, що на відміну від порівняного судового рішення, суд касаційної інстанції за подібних правовідносин неоднакового застосував норму матеріального права, оскільки не виключив кваліфікуючу ознаку вимагання хабара при засудженні ОСОБА 1 та ОСОБА 2 за статтею 368 КК.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення захисника Діяментовича Д.Г., який просив про задоволення заяви, пояснення прокурора, який вважав, що заяви задоволенню не підлягають, оголосила письмову заяву захисника Верцюха В.В., в якій він, повністю підтримуючи свою заяву, просив розглядати справу за його відсутності, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяв, обговорила викладені в заявах доводи, вивчила наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку про таке.

1. Згідно з вимогами статті 444 КПК Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Статтею 445 КПК визначено вичерпний перелік підстав для перегляду судових рішень Верховним Судом України, який розширеному тлумаченню не підлягає.

Як убачається із заяв захисників Верцюха В.В. і Діяментовича Д.Г., вони серед іншого оспорюють фактичні обставини справи, зазначають про однобічність й неповноту досудового розслідування та судового її розгляду, заперечують обґрунтованість висновків судів щодо оцінки доказів і просять дати цьому відповідну правову оцінку з урахуванням доводів, наведених ними в апеляціях і касаційних скаргах, тобто по суті порушують питання про повторний касаційний розгляд. Однак це виходить за межі визначеного законом (статтею 445 КПК) предмета перегляду судових рішень Верховним Судом України, внаслідок чого зазначені вище доводи не можуть бути підставами для втручання у судові рішення щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2.

2. Відповідно до пункту 2 частини першої статті 445 КПК підставою для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої цим Кодексом (тобто Кримінальним процесуальним кодексом України, який набрав чинності з 20 листопада 2012 року), що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Згідно із загальновизнаним принципом права закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплено в частині першій статті 58 Конституції України, і відповідно до цього принципу дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності й припиняється з утратою ним чинності. Тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали чи мали місце (офіційне тлумачення цього конституційного положення наведено в Рішенні Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99).

Водночас Конституція України в статті 58 допускає зворотну дію законів у часі, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Формою реалізації частини першої статті 58 Конституції України є положення частини першої статті 5 КПК, яка регулює дію норм кримінального процесуального закону в часі та згідно з якою процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається відповідно до положень цього Кодексу, чинних на момент початку виконання дії або прийняття такого рішення. На відміну від кримінального (матеріального) закону про відповідальність, чинний кримінальний процесуальний закон не має зворотної дії навіть у тих випадках, коли його правила є більш сприятливі для учасників кримінального провадження.

Законом України від 12 лютого 2015 року № 192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд», який набрав чинності з 28 березня 2015 року, частина перша статті 445 КПК була доповнена пунктом 2, а отже згаданий пункт за загальним правилом підлягає застосуванню з дати набрання чинності.

Тобто з підстави, зазначеної у цьому пункті, Верховним Судом України може бути переглянуто оскаржувану ухвалу суду касаційної інстанції, постановлену 28 березня 2015 року й пізніше. Однак на підтвердження неоднаковості рішень у зв'язку з обставинами, зазначеними в цьому пункті, можуть подаватись ухвали суду касаційної інстанції, постановлені й до 28 березня 2015 року, але після 20 листопада 2012 року, бо саме в таких ухвалах суд касаційної інстанції застосовував норми права, передбачені «цим Кодексом», тобто Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року (пункт 2 частини першої статті 445 КПК), а не Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Таке правозастосування відповідає практиці Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово наголошував, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, слід тлумачити в контексті преамбули Конвенції, яка, зокрема, проголошує верховенство права як складову частину спільної спадщини Договірних держав. Одним з основоположних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, згідно з яким у разі остаточного вирішення спору судами їхнє рішення, що набрало законної сили, не може ставитися під сумнів.

Принцип юридичної визначеності вимагає поваги до принципу res judicata, тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна

сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного розгляду та винесення нового рішення у справі. Повноваження судів вищого рівня з перегляду мають здійснюватися для виправлення судових помилок і недоліків рішень, а не задля нового розгляду справи (див. справи «Брумареску проти Румунії», «Пономарьов проти України», «Христов проти України»).

Крім того, положення пункту 2 розділу X «Прикінцеві положення» КПК передбачають, що з дня набрання чинності цим Кодексом (2012 року) втрачає чинність КПК 1960 року. Питання про застосування Верховним Судом України норм КПК 1960 року вирішено в пункті 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК, згідно з яким заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України у кримінальних справах, які були розглянуті до набрання чинності КПК, або у справах, розгляд яких не завершено з набранням чинності цим Кодексом, подаються й розглядаються в порядку, що діяв до набрання чинності КПК.

Отже, правовідносини, які виникають, розвиваються і припиняються у зв'язку з реалізацією права осіб на подання заяв про перегляд Верховним Судом України рішень суду касаційної інстанції, ухвалених за процедурою КПК 1960 року, мають визначатися за КПК 1960 року. Пункт 2 частини першої статті 445 КПК (2012 року) до таких правовідносин застосовуватися не може.

Зазначені вище позиції наведені і в попередніх рішеннях Верховного Суду України, зокрема у постановах по справах №№ 5-55кс15, 5-112кс15, 5-125кс15, 5-126кс15, 5-184кс15, 5-187кс15, 5-205кс15, 5-230кс15.

У своїх заявах захисники оскаржують рішення суду касаційної інстанції від 10 березня 2015 року щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2, яке, по-перше, ухвалене у той час, коли стаття 445 КПК не передбачала можливості оскарження цього судового рішення з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції норм процесуального права, а, по-друге, ухвалене за процедурою, передбаченою нормами КПК 1960 року, у зв'язку з чим у заявах й міститься посилання на неоднакове застосування норми статті 377 КПК 1960 року. Також захисники на підтвердження неоднаковості правозастосування надали копії судових рішень суду касаційної інстанції від 10 жовтня 2013 року та 23 грудня 2014 року, які постановлені за правилами КПК 1960 року.

З огляду на викладене, заяви захисників в цій частині не можуть бути предметом перегляду Верховним Судом України з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 445 КПК, а тому в цій частині вони задоволенню не підлягають.

3. Згідно з пунктом 1 частини першої статті 445 КПК підставою для перегляду Верховним Судом України судових рішень, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень (аналогічна підстава перегляду передбачалась й пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року в редакції Закону України № 2453-У1 від 7 липня 2010 року, який в цій частині набрав чинності з 1 листопада 2010 року).

3.1. Відповідно до змісту заяв захисників Діяментовича Д.Г. і Верцюха В.В. рішення касаційного суду щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 оскаржено і переглядається із зазначеної вище підстави.

3.2. Предметом перегляду даної справи за цією підставою є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо розуміння такої кваліфікуючої ознаки статті 368 КК, як одержання хабара, поєднаного з його вимаганням.

3.3. Відповідно до положень пункту 4 примітки до статті 368 КК (в редакції від 7 квітня 2011 року) вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або не вчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть завдати шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Із законодавчого визначення та судової практики випливає, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена за провину за наявності трьох основних чинників: 1) ініціатором давання (одержання) хабара є службова особа – хабароодержувач; 2) пропозиція про давання (одержання) хабара має характер вимоги (примусу), що підкріплюється: або а) відкритою погрозою, або б) створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності реальної небезпеки (прихована погроза) його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою хабароодержувача; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер та спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Правильне визначення меж вимагання хабара пролягає через зміст прав та інтересів особи (їх законність чи незаконність), можливість реалізації (захисту) цих прав та інтересів за допомогою хабара, законність чи незаконність дій службової особи, якими вона погрожує, у разі відмови від давання хабара, а також через спрямованість погроз службової особи на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця.

Правова позиція з цього питання раніше неодноразово висловлювалась Верховним Судом України у постановах: №№ 5-14кс12, 5-13кс13, 5-14кс13, 5-28кс13, 5-14кс15, 5-47кс13, 5- 43кс13.

Так, Верховний Суд України констатував, що вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, одержати незаконні пільги, переваги, уникнути заслуженої відповідальності, тощо. На відміну від цього, у разі, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або не вчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх прав та законних інтересів, дії одержувача хабара слід розглядати як такі, що поєднані з вимаганням останнього.

Тобто законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, є однією із основних і обов'язкових ознак вимагання.

3.4. Як убачається з формулювання обвинувачення, визнаного судом у вироку доведеним, у кримінальній справі щодо ОСОБ 1,2 установлено, що ОСОБА 3 з метою отримання у власність земельної ділянки на березі річки Дніпро для здійснення господарської діяльності з розвитку зеленого туризму, будівництва на цій землі розважального комплексу та готелів звернувся до ОСОБА 1 як голови Бериславської районної державної адміністрації з проханням про виділення йому землі за межами населеного пункту у власність для ведення зазначеного бізнесу. ОСОБА 1, до службових обов'язків якого входило підписання розпоряджень про надання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельних ділянок за межами населених пунктів у власність для сільськогосподарського використання і підписання державних актів на право власності на земельну ділянку, погодився в разі отримання хабара в сумі 900 000 доларів США передати у власність ОСОБА 3 обрану ним земельну ділянку розміром 24 га за умови оформлення її як для ведення особистого селянського господарства і з розрахунку по 2 га на одну людину, що передбачалось законом. Ці умови ОСОБА 3 були виконані: ним отримані від необхідної кількості осіб заяви про виділення їм по 2 га землі начебто для ведення особистого селянського господарства і довіреності на право оформлення цієї землі. У подальшому ОСОБА 1, схиляючи ОСОБА 3 до давання хабара у розмірі 850 000 доларів США, що становило 6 927 500 грн, за отримання земельної ділянки у власність, висловив останньому вимогу передачі йому хабара, погрожуючи віддати земельну ділянку іншим особам. Сприйнявши дану погрозу як таку, що може заподіяти шкоду його праву на отримання земельної ділянки у власність, та з метою запобігти настанню негативних наслідків при отриманні у власність земельної ділянки для себе та осіб, за дорученням яких він діяв, ОСОБА 3 погодився дати хабар, який і передав у визначеній сумі 3 липня 2012 року довіреній особі ОСОБА 1 – ОСОБІ 2

Тобто ОСОБА 1, використовуючи свої службові повноваження, домагався хабара від ОСОБА 3 за вчинення по суті протиправних дій з виділення земельної ділянки у власність ОСОБА 3 не для сільськогосподарського використання, а останній, даючи хабар, усвідомлював це і був зацікавлений у такій неправомірній поведінці службової особи, та, не маючи наперед визначених законом підстав для отримання у власність 24 га землі для ведення туристичного бізнесу, прагнув обійти закон, домогтися свого незаконного інтересу, в тому числі і шляхом одержання переваги в отриманні земельної ділянки у власність для здійснення підприємницької діяльності.

Установивши зазначені обставини, суд визнав наявною в діях ОСОБА 1 та ОСОБА 2 кваліфікуючу ознаку статті 368 КК – одержання хабара, поєднаного з його вимаганням.

3.5. У рішенні, яке надано для порівняння, а саме в ухвалі колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 лютого 2014 року, суд

касаційної інстанції дійшов іншого висновку: не погодився з кваліфікацією дій Особи 5 за частиною 3 статті 368 КК за кваліфікуючою ознакою одержання хабара, поєднаного з вимаганням, і виключив її із судових рішень, оскільки визнав, що хабародавець, даючи хабар Особі 5 за дозвіл на розміщення в лікарні автоматів з продажу товарів, хоча і діяв на вимогу Особи 5, не мав наперед визначених законних підстав на це і переслідував мету одержання незаконної переваги у здійсненні підприємницької діяльності.

3.6. Зіставлення правових висновків оскарженого та порівнюваного судових рішень суду касаційної інстанції свідчить про наявність неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА 1 та ОСОБА 2, дає підстави визнати, що касаційний суд в оскарженому рішенні дійшов помилкового висновку про правильність наданої судами першої і апеляційної інстанцій кваліфікації дій засуджених за такою кваліфікуючою ознакою статті 368 КК, як одержання хабара, поєднаного з вимаганням.

Зазначене дає підстави вважати, що заяви захисників Діяментовича Д.Г. і Верцюха В.В. в частині неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права – статті 368 КК щодо кваліфікуючої ознаки вимагання хабара і безпідставного засудження ОСОБА 1 і ОСОБА 2 за цією ознакою, є обґрунтованими, а тому в цій частині підлягають задоволенню.

3.7. Відповідно до вимог пункту 3 частини другої статті 455 КПК Верховний Суд України за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 КПК, вправі змінити судове рішення (судові рішення), не передаючи справу на новий розгляд.

Ураховуючи зазначене, а також те, що ОСОБА 1 і ОСОБА 2 інкримінувалось одержання хабара в особливо великому розмірі, і вони засуджені й за цією кваліфікуючою ознакою за частиною четвертою статті 368 КК, Верховний Суд України, діючи в межах своїх повноважень, вважає можливим змінити всі судові рішення щодо ОСОБА 1 і ОСОБА 2, виключивши з їх мотивувальних частин кваліфікуючу ознаку частини четвертої статті 368 КК (в редакції 07.04.2011 року) - одержання хабара, поєднаного з вимаганням хабара, не передаючи справу на новий розгляд.

У контексті конкретних обставин справи належить зробити такий висновок:

Якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або не вчиненням дій, які можуть завдати шкоди правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх прав та законних інтересів, дії одержувача хабара слід розглядати як такі, що поєднані з вимаганням останнього. На відміну від цього, вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній

поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, одержати незаконні пільги, переваги тощо.

Керуючись статтями 453, 454, 455 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяви захисника Верцюха В.В. в інтересах засуджених ОСОБА 1 та ОСОБА 2 та захисника Діяментовича Д.Г. в інтересах ОСОБА 2 задовольнити частково.

Вирок Снігурівського районного суду Миколаївської області від 11 листопада 2013 року, ухвалу Апеляційного суду Миколаївської області від 4 липня 2014 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 березня 2015 року щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 змінити.

Виключити з мотивувальних частин зазначених судових рішень щодо ОСОБА 1 та ОСОБА 2 кваліфікуючу ознаку частини четвертої статті 368 КК (в редакції 07.04.2011 року) одержання хабара – «поєднаного з вимаганням хабара».

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 червня 2014 року у справі № 5-19кс14

(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар судді, усвідомлює, що у такий спосіб прагне захистити свої законні права та інтереси)

Вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності тощо. На відміну від цього, у разі якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або невчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх прав чи законних інтересів, дії одержувача хабара слід розглядати як такі, що поєднані з вимаганням останнього. Тобто законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом давання хабара, є однією з основних і обов'язкових ознак вимагання.

(Витяг)

Вироком Броварського міськрайонного суду Київської області від 23 травня 2012 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1 року народження, раніше не судиму, засуджено за частиною другою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) у редакції на час вчинення злочину до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посаду судді та посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на підприємствах, в установах і організаціях державної форми власності й в органах державної влади і управління, на строк три роки та з конфіскацією всього майна, яке є її власністю.

На підставі статті 79 КК ОСОБА 1 звільнено від відбування основного і додаткових покарань з випробуванням з іспитовим строком три роки та з покладенням на неї обов'язків, передбачених пунктами 2, 3 і 4 частини першої статті 76 цього Кодексу.

ОСОБА 1 визнано винною у тому, що вона, обіймаючи посаду судді ІНФОРМАЦІЯ 2 та будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, у січні й лютому 2011 року вимагала і одержала від підсудного ОСОБА 2 за призначення йому покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, хабар у розмірі 1000 доларів США, що згідно з курсом Національного банку України на час вчинення злочину становило 7 942, 22 грн.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 17 квітня 2013 року вирок місцевого суду щодо ОСОБА 1 змінив, виключив із резолютивної частини вироку рішення про призначення засудженій додаткових покарань у виді конфіскації всього майна, яке є її власністю, та позбавлення права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій на підприємствах, в установах і організаціях державної форми власності й в органах державної влади і управління. У решті вирок залишив без зміни.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 18 лютого 2014 року вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА 1 залишив без зміни.

У заяві про скасування зазначеної ухвали суду касаційної інстанції з підстави неоднакового застосування частини другої статті 368 КК засуджена ОСОБА 1 стверджує, що докази її винуватості у вимаганні та одержанні хабара відсутні, й просить кримінальну справу щодо неї направити на новий касаційний розгляд. Також посилається на порушення вимог кримінального процесуального закону протягом розслідування та судового розгляду справи.

На підтвердження неоднаковості у правозастосуванні засуджена посилається на ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 червня 2011 року і 23 лютого 2012 року. Першою залишено без зміни вирок апеляційного суду, яким суддю місцевого суду за відсутністю події злочину виправдано у вимаганні та одержанні хабара за призначення підсудному менш суворого покарання. Другою з вироку апеляційного суду про засудження судді місцевого суду, який вимагав і одержав хабар за призначення

підсудному покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, виключено кваліфікуючу ознаку «вимагання хабара», оскільки дії засудженого, за які він отримав хабар, були спрямовані на задоволення інтересів хабародавця, що суперечили закону.

Крім того, на обґрунтування своєї позиції засуджена ОСОБА 1 долучила до заяви ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 листопада 2012 року і 9 квітня та 7 травня 2013 року, у яких за обставин, які, на думку заявниці, подібні до інкримінованого їй суспільно небезпечного діяння, кваліфікуюча ознака частини другої статті 368 КК «вимагання хабара» виключалася, а також ухвалу від 23 липня 2013 року, якою залишено без зміни рішення судів нижчої ланки у частині виправдання особи в одержанні хабара за браком доказів.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення засудженої ОСОБА 1, яка просила ухвалу суду касаційної інстанції щодо неї скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд у зв'язку з відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого частиною другою статті 368 КК, пояснення прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви засудженої, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи і дійшла висновку про таке.

Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою засудженої ОСОБА 1 допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32-1 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року).

Згідно зі статтею 400^{11} КПК 1960 року Верховний Суд України переглядає судові рішення у кримінальних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених цим Кодексом.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду даної справи є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо розуміння такої кваліфікуючої ознаки одержання хабара як його вимагання.

Відповідно до положень пункту 4 примітки до статті 368 КК (в редакції, яка була чинною на момент вчинення злочину засудженою) вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або

умисне створення службовою особою умов, за яких особа змушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Правова позиція з цього питання раніше неодноразово висловлювалась Верховним Судом України у постановах: № 5-14кс12 від 4 жовтня 2012 року, № 5-13кс13 від 23 травня 2013 року, № 5-14кс13 від 30 травня 2013 року, № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року.

Так, Верховний Суд України констатував, що вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності, тощо. На відміну від цього, у разі, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або невчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, але вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам для своїх прав чи законних інтересів, дії одержувача хабара слід розглядати як такі, що поєднані з вимаганням останнього. Тобто законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, є однією із основних і обов'язкових ознак вимагання.

У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що, схиляючи підсудного ОСОБА 2 до давання хабара у розмірі 1000 доларів США, суддя ОСОБА 1 після першого ж судового засідання ініціювала з ним розмову, в ході якої повідомила про свій намір призначити йому за частиною другою статті 263 КК покарання у виді позбавлення волі, тоді як санкція цієї норми кримінального закону передбачає й інші менш суворі види покарання. При цьому вона дала зрозуміти, що обставини, які, на думку підсудного, дають підстави для обрання йому покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, будуть враховані нею лише за умови передачі їй обумовленої суми грошей. Усвідомлюючи, що результат розгляду справи, у тому числі й визначення виду і міри покарання, залежить від судді, ОСОБА 2 одразу звернувся до правоохоронних органів із заявою, в якій зазначив, що ОСОБА 1 вимагає у нього гроші, погрожуючи протиправним розглядом кримінальної справи щодо нього.

Згідно зі статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і відкритий розгляд кримінального обвинувачення проти нього упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

Усупереч зазначеним вимогам Конвенції суддя ОСОБА 1 у розмові з підсудним заздалегідь ще до розгляду справи по суті висловила свою позицію щодо належної йому міри покарання, таким чином визнавши наперед його винуватість у пред'явленому обвинуваченні. При цьому ініціатором розмови була вона сама і погрожувала у разі невиконання її вимоги про передачу хабара призначити ОСОБА 2 найбільш суворе покарання з передбачених санкцією кримінального закону за вчинений ним злочин. Намагаючись захистити своє право на справедливий і неупереджений суд та постановлення законного

рішення, ОСОБА 2 одразу звернувся до правоохоронних органів із заявою про неправомірні дії судді. Отже, дії ОСОБА 1 щодо одержання хабара правильно кваліфіковані як такі, що поєднані з вимаганням останнього.

Натомість, як убачається з ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 лютого 2012 року, на яку зроблено посилання на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння полягали в одержанні суддею хабара за призначення покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, підсудному, який обвинувачувався у вчиненні тяжкого злочину, передбаченого частиною другою статті 187 КК. Суд касаційної інстанції обґрунтовано виключив з вироку апеляційного суду кваліфікуючу ознаку «вимагання хабара», оскільки дії судді, за які він одержав хабар, були спрямовані на задоволення явно незаконних інтересів хабародавця, який шляхом давання хабара намагався допомогти своєму синові уникнути законного покарання за вчинений ним злочин. При цьому ініціатива неправомірного вирішення зазначеного питання належала саме хабародавцеві, який звернувся за допомогою до правоохоронних органів лише тоді, коли його намагання зібрати необхідну суму грошей виявилися марними.

Так само ухвалами касаційного суду від 13 листопада 2012 року і 9 квітня та 7 травня 2013 року з рішень судів нижчої ланки виключено кваліфікуючу ознаку частини другої статті 368 КК «вимагання хабара», оскільки вимоги засуджених про давання хабара було спрямовано на задоволення протизаконних інтересів хабародавців.

За таких обставин при певній подібності суспільно небезпечних діянь в оспореному і порівнюваних судових рішеннях вони обґрунтовано отримали різну правову оцінку суду касаційної інстанції: в діях ОСОБА 1 встановлено кваліфікуючу ознаку частини другої статті 368 КК «вимагання хабара» у зв'язку з посяганням на законне право особи на справедливий і неупереджений суд, а в діях інших осіб у рішеннях, наданих для порівняння, така ознака відсутня з огляду на незаконність інтересів хабародавців.

Висновки суду касаційної інстанції, висловлені в ухвалах від 16 червня 2011 року та від 23 липня 2013 року, не можуть бути підставами для порівняння правильності застосування норми матеріального права, оскільки у цих рішеннях суд дійшов висновку про невинуватість особи у зв'язку з відсутністю події суспільно небезпечного діяння та недоведеністю вини за браком доказів.

Стосовно посилання у заяві ОСОБА 1 на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 липня 2013 року, якою ухвалу апеляційного суду скасовано з направленням справи на новий апеляційний розгляд, то зазначена ухвала не може служити прикладом для порівняння, оскільки вона не є остаточним рішенням у справі та не містить висновку про правильне чи неправильне застосування норми закону про кримінальну відповідальність за вимагання й одержання хабара.

Перевірка доводів засудженої про порушення вимог кримінального

процесуального закону при розслідуванні та судовому розгляді справи щодо неї перебуває за межами законодавчо визначених повноважень Верховного Суду України.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженої ОСОБА 1.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 листопада 2016 року у справі № 463/4573/13-к

(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «вимагання хабара» у випадках, коли той, хто дає хабар, усвідомлює, що у такий спосіб прагне захистити свої законні права та інтереси)

Згідно з формулюванням обвинувачення, визнаного судом у вироку доведеним, у кримінальному провадженні щодо винуватого установлено, що особа звернулась із заявою від 17 лютого 2012 року до міського голови з проханням надати дозвіл на розробку проекту землеустрою з виділення земельної ділянки площею 0,1167 га. Ця ділянка знаходилась за тією самою адресою, що й приватизована частина земельної ділянки та фактично перебувала в користуванні родини з 1956 року. Судом не встановлено, що звернення заявника до міського голови мало незаконний характер. Отже, дії винуватого обґрунтовано кваліфіковані за ознакою «вимагання хабара».

(Витяг)

Вироком Личаківського районного суду м. Львова від 23 лютого 2015 року засуджено ОСОБА_2 за частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі - КК) (у редакції Закону України від 7 квітня 2011 року № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення») до покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років 6 місяців з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій на строк 3 роки, з конфіскацією всього належного йому майна. На підставі статті 54 КК ОСОБА_2 позбавлено 11 рангу посадової особи місцевого самоврядування в межах 5 категорії посад.

Вирішено питання про стягнення судових витрат і про долю речових доказів.

Також засуджено ОСОБА_3, від якого заяви не надійшло.

Ухвалою апеляційного суду Львівської області від 30 червня 2015 року апеляційні скарги захисника ОСОБА_4 в інтересах засуджених ОСОБА_2 і ОСОБА_3 залишено без задоволення, а вирок місцевого суду - без зміни.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 січня 2016 року касаційні скарги засудженого ОСОБА_2, його захисника ОСОБА_1 та захисника ОСОБА_5, який діяв в інтересах засудженого ОСОБА_3, залишено без задоволення, а вирок Личаківського районного суду м. Львова від 23 лютого

2015 року та ухвалу апеляційного суду Львівської області від 30 червня 2015 року залишено без зміни.

За вироком суду ОСОБА_2 визнано винним і засуджено за вказаних нижче обставин.

ОСОБА_2, працюючи на посаді секретаря Винниківської міської ради Львівської області, будучи службовою особою місцевого самоврядування, до повноважень якої відповідно до посадових обов'язків віднесено організацію підготовки до сесії ради питань, що вносяться на її розгляд, а також будучи депутатом Винниківської міської ради Львівської області, за попередньою змовою з ОСОБА_3 як службовою особою, спеціалістом по управлінню земельними ресурсами виконавчого комітету Винниківської міської ради, до повноважень якого відповідно до посадових обов'язків віднесено підготовку матеріалів та внесення пропозицій щодо встановлення порядку надання й вилучення земельних ділянок, контроль за додержанням вимог земельного законодавства щодо використання земельних ділянок власниками і землекористувачами відповідно до їх цільового призначення та умов надання, внесення пропозицій щодо погодження передачі земельних ділянок у власність, погодження проектів землеустрою, вимагали хабар у розмірі 8800 доларів США у ОСОБА_6 за внесення на розгляд сесії міської ради питання про надання дозволу його дружині, ОСОБА_7, на розробку проекту землеустрою, сприяння у прийнятті сесією рішення про надання дозволу на розробку вказаного проекту землеустрою з виділення земельної ділянки площею 0,1167 га для ведення особистого селянського господарства та передачею її у власність. При цьому частину хабара в розмірі не менше 40 % від цієї суми, ОСОБА_6 повинен був передати до включення в порядок денний зазначеного питання про надання дозволу, а решту коштів - у день прийняття рішень.

22 лютого 2012 року, перебуваючи в приміщенні кабінету ПП "Квартал", що у м. Винниках по вул. Шевченка, 1д, ОСОБА_2 одержав від ОСОБА_6, у присутності свідка ОСОБА_8 2000 доларів США (за курсом Національного банку України - 15974,8 грн). Після позитивного розгляду заяви ОСОБА_7 на засіданні постійної депутатської комісії з питань регулювання земельних відносин та включення зазначеного питання до порядку денного сесії міської ради на 23 лютого 2012 року ОСОБА_2 і ОСОБА_3 продовжили вимагати передачі решти суми хабара - до прийняття рішення за заявою ОСОБА_7 не пізніше початку засідання 23 лютого 2012 року. Узгодивши із ОСОБА_6 місце передачі хабара в приміщенні ПП "Квартал" через його директора ОСОБА_8 23

лютого 2012 року, приблизно о 12 годині, ОСОБА_6, перебуваючи в кабінеті бухгалтерії ПП "Квартал", відповідно до попередньої домовленості з ОСОБА_2 і ОСОБА_3, передав ОСОБА_8 решту хабара в сумі 6800 доларів США (за курсом Національного банку України - 54312,28 грн), які останній повинен був передати ОСОБА_2 Після передачі коштів ОСОБА_8 був затриманий, а гроші вилучені.

У заяві про перегляд справи Верховним Судом України захисник ОСОБА_1 просить судові рішення скасувати з підстав, передбачених пунктами 1, 2 і 3 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі - КПК) та направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

Захисник указує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, а саме статті 368 КК, зазначаючи, що засуджений ОСОБА_2 не може бути суб'єктом злочину, оскільки рішення про надання у власність земельної ділянки приймалось колегіально депутатським корпусом, а він лише відповідно до посадових обов'язків організовував підготовку до сесії питань.

На обґрунтування неоднакового застосування норми кримінального закону захисник ОСОБА_1 надав копії ухвал Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року, в яких касаційний суд дійшов висновку про відсутність у діях службових осіб, які займали відповідальне становище в органах місцевого самоврядування, складу злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК, оскільки дії, за які передавалася неправомірна вигода, не входили в коло їх службових повноважень.

Аналогічного висновку дійшов Верховний Суд України як суд касаційної інстанції у своєму рішенні від 21 квітня 2011 року.

Також захисник стверджує про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої КПК, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень, зокрема частини третьої статті 35 КПК, пункту 5 частини першої 75 КПК, пункту 2 частини другої статті 412 КПК, оскільки ухвалу апеляційного суду постановлено незаконним складом суду - розгляд справи в суді апеляційної інстанції було визначено шляхом автоматизованого розподілу справи колегією суддів у складі судді-доповідача Галина В.П., Пайонкевича Т.Т. та Марітчака Т.М.

У зв'язку з тим, що Галин В.П. надавав дозвіл на проведення оперативно-розшукових заходів у даному кримінальному провадженні, він був замінений на суддю Галапаца І.І. Водночас, справу було розглянуто у складі суддів Галапаца І.І., Пайонкевича Т.Т. та Пешкова М.І., однак участь останнього у розгляді справи замість судді Марітчака Т.М. була визначена без зазначення дотримання процедури, передбаченої КПК.

Як приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих процесуальних норм захисник надав копію ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від

14 січня 2016 року, якою ухвалу апеляційного суду скасовано і призначено новий розгляд кримінального провадження в суді апеляційної інстанції із зазначених вище підстав.

На обґрунтування своєї заяви з підстави невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України, заявник послався на постанову Верховного Суду України від 21 січня 2016 року (справа № 5-124кс15), указуючи, що це судове рішення містить висновок про відсутність кваліфікуючої ознаки вимагання хабара, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, одержати незаконні пільги, переваги тощо.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі - Суд) заслухала суддю-доповідача, прокурора, який просив заяву ОСОБА_1, в інтересах засудженого ОСОБА_2 залишити без задоволення, дослідила матеріали справи і матеріали, додані до заяви, обговорила доводи, викладені у заяві, й дійшла висновку про нижчезазначене.

1. Підставою для перегляду Судом судових рішень у даній справі є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої законом України про кримінальну відповідальність, у подібних правовідносинах, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень; неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої Кримінальним процесуальним кодексом України, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень; невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Суду.

Предметом перегляду є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо розуміння суб'єкта злочину, передбаченого статтею 368 КК, а також у застосуванні такої кваліфікуючої ознаки, як «вимагання хабара».

2. Суд зазначає, що згідно з його усталеною практикою положення пунктів 1 і 2 частини першої статті 445 КПК передбачають особливі вимоги та застереження для уможливлення процедури порівняння судових рішень на предмет однаковості/неоднаковості застосування судом касаційної інстанції норм матеріального і процесуального права. У цьому зв'язку Суд наголошує, що факт неоднакового застосування норми права судом касаційної інстанції повинен мати певний зовнішній вияв, знаходити відображення у відповідному процесуальному документі (рішенні). Про неоднакове застосування норми права свідчить неоднакове її розуміння судом виключно в процесі правозастосування, що зумовлює ухвалення рішень, які мають різний зміст. Неоднаковість у застосуванні положень норми права нерозривно пов'язана з предметом правозастосування - одна і та сама норма (її положення, припис) одного і того самого закону.

Для уможливлення процедури порівняння судових рішень, оцінки Судом відповідної норми права на предмет неоднаковості її застосування, така норма

має бути реально застосована судом касаційної інстанції під час розгляду справи за касаційною процедурою (постанови Суду у справах № 5-249кс15 від 21 січня 2016 року, № 5-40кс16 від 3 березня 2016 року).

3. Згідно з пунктом 2 частини першої статті 445 КПК однією з підстав перегляду судових рішень є неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми КПК, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

3.1. Суд зазначає, що хоча на стадії відкриття провадження заява захисника ОСОБА_1 й була визнана прийнятною, проте вона містить досить специфічні питання права і факту, щоб їх можна було вирішити на етапі перевірки (стадії допуску справи) відповідності заяви вимогам статті 450 КПК у контексті застосування пункту 2 частини першої статті 445 КПК. Тому Суд вважає, що це питання потребує перегляду, але в межах повноважень Суду, визначених законом.

3.2. У своїй практиці Суд уже надавав роз'яснення власних повноважень в аспекті положень статті 445 КПК, згідно з якими до його компетенції не входить розгляд помилок щодо фактів, нібито допущених судами першої чи апеляційної інстанцій. Якби це було інакше, Суд перебирав би на себе не властиві для нього функції та перевищив би межі своїх повноважень (постанови Суду у справах № 5-109кс15 від 8 жовтня 2015 року, № 5-299кс15 від 24 березня 2016 року).

З огляду на це Суд, за загальним правилом, не може піддавати сумніву встановлення фактів у справі, але має повноваження визначати правильність/неправильність тлумачення та застосування судом касаційної інстанції норм матеріального чи процесуального права.

3.3. Правозастосування - це здійснювана в процесуальному порядку діяльність суду, яка полягає в індивідуалізації юридичних норм стосовно конкретних суб'єктів і конкретних випадків в акті застосування норм права.

Таким чином, правозастосування має місце лише тоді, коли норму права реально втілено в певному судовому рішенні, а конкретні процесуальні обставини оцінено з розгляду саме цієї норми.

У касаційних скаргах, а також зі змісту оскаржуваної ухвали суду касаційної інстанції видно, що ні засуджений, ні захисник не ставили питання про порушення при ухваленні рішення апеляційним судом частини третьої статті 35 КПК, пункту 5 частини першої 75 КПК, пункту 2 частини другої статті 412 КПК.

Відповідно, касаційний суд у своєму рішенні взагалі не висловився щодо правильності або неправильності застосування норми права, що стосується незаконного складу суду у контексті доводів, наведених у заяві про перегляд судових рішень щодо ОСОБА_2 Судом, оскільки доводи такого змісту не були предметом перевірки колегії суддів касаційного суду під час розгляду касаційних скарг засудженого та його захисника.

Отже, реального відображення в оспореному судовому рішенні норми процесуального права, передбачені частиною третьої статті 35 КПК, пункту 5 частини першої 75 КПК, пункту 2 частини другої статті 412 КПК, не знайшла.

Крім цього, як видно з матеріалів кримінального провадження, розпорядженням заступника голови апеляційного суду Львівської області від 19 червня 2015 року було проведено заміну судді Марітчак Т.М. на суддю Пайонкевича Т.Т. відповідно до підпунктів 2.3.12, 2.3.25 Положення про автоматизовану систему документообігу та пункту 2 розділу ІІ Положення про автоматизовану систему документообігу в апеляційному суді Львівської області (т. 9 а.с. 108).

3.4. Наведене свідчить про неприйнятність поданої до Суду заяви з підстави, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 445 КПК.

4. Досліджуючи доводи заяви ОСОБА_1 щодо засудженого ОСОБА_2, якими аргументовано необхідність перегляду ухвали касаційного суду, що оспорюється, з підстави, визначеної пунктом 1 частини першої статті 445 КПК, Суд зазначає наступне.

4.1. Суд у контексті різних видів фактичних обставин справи раніше зазначав, що за нормативними приписами заборони одержувати незаконну винагороду, визначення яких міститься у статті 368 КК, представник влади, одним із яких є секретар органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-якої винагороди у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Указане законодавче положення передбачає, що кримінальна відповідальність за порушення цієї заборони настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі, зокрема секретарю міської ради, усвідомлює, що дає його саме такій особі й у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості; ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мета, яку переслідує останній, та його переконаність у тому, що цієї мети буде досягнуто завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач.

Наявність такої можливості, вочевидь, обумовлюється тим, що обіймаючи посаду секретаря Винниківської міської ради ОСОБА_2 здійснював організаційно-розпорядчі функції, оскільки відповідав за внесення в порядок денний сесії міської ради питань про виділення земельних ділянок.

Тобто на момент вчинення діянь, які інкримінуються, ОСОБА_2 відповідно до положень пункту 2 примітки до статті 368 КК був службовою особою, яка займала відповідальне становище, а отже є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК.

4.2. У кримінальному провадженні, у якому заперечується рішення суду касаційної інстанції, установлено, що ОСОБА_6, який 22 лютого 2012 року передав частину хабара для позитивного розгляду заяви про надання дозволу його дружині, ОСОБА_7, на розробку проекту землеустрою земельної ділянки площею 0,1167 га для ведення особистого селянського господарства у власність та за включення цього питання до порядку денного сесії Винниківської міської ради на 23 лютого 2012 року, а решту хабара передав 23 лютого 2012 року - до початку засідання сесії, перед цим звертався до ОСОБА_2 та ОСОБА_3, розраховуючи, що вони використають можливості своїх посад і за хабар виконають дії в його інтересах.

ОСОБА_2, одержуючи незаконну винагороду, не міг не розуміти, що ця винагорода йому дається за використання ним можливості своєї посади. Факт давання-одержання хабара за обставин, зазначених у вироку, з яким погодився суд касаційної інстанції, правильно розцінено як одержання хабара. Посилання на те, що ОСОБА_2 не вчиняв будь-яких дій в інтересах хабародавця, не виключає наявності складу інкримінованого йому одержання хабара.

Аналіз фактичних підстав кваліфікації дій ОСОБА_2 і нормативне тлумачення положень закону про кримінальну відповідальність, за якою було кваліфіковано ці обставини, дають підстави дійти висновоку, що касаційний суд правильно кваліфікував дії засудженого. Отже, доводи заяви про визнання незаконним цього рішення є безпідставними.

4.3. У судовому рішенні касаційної інстанції щодо ОСІБ 7, 8, 3, 4 (ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року та від 8 травня 2012 року, ухвала Верховного Суду України від 21 квітня 2011 року як суду касаційної інстанції, відповідно), на яке зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри певну подібність із фактичними обставинами діяння, учиненого ОСОБА_2, отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норм закону відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 і частини другої статті 455 КПК перебуває за межами предмета перегляду, у зв'язку з чим Суд позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цього рішення.

4.4. Наведене свідчить про необґрунтованість поданої до Суду заяви з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 445 КПК.

5. Перевіряючи доводи заяви захисника ОСОБА_1, якими аргументовано необхідність перегляду ухвали касаційного суду щодо засудженого ОСОБА_2, що оспорюється, з підстави, визначеної пунктом 3 частини першої статті 445 КПК, а саме невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України від 21 січня 2016 року № 5-124кс15, Суд зазначає нижченаведене.

В указаному рішенні Суд висловив позицію, відповідно до якої ОСОБА_4, будучи головою Бериславської районної державної адміністрації Херсонської області, використовуючи свої службові повноваження, домагався хабара за вчинення протиправних дій з виділення земельної ділянки у власність ОСОБА_6 не для сільськогосподарського використання, а останній, даючи хабар, усвідомлював це і був зацікавлений у такій неправомірній поведінці службової особи.

Суд зазначив, що таку ознаку, як вимагання хабара, може бути поставлено за провину лише в тому випадку, якщо винна особа з метою одержання хабара погрожує вчиненням або не вчиненням дій, які можуть завдати шкоди, що є визначальним, правам чи законним інтересам того, хто дає хабар, або створює такі умови, за яких особа не повинна була, а вимушена дати хабар із метою запобігання шкідливим наслідкам чи законним інтересам. Тобто законність

прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, має бути однією з основних і обов'язкових ознак вимагання. На відміну від цього, у разі якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, домогтися своїх незаконних інтересів тощо, то вимагання хабара виключається. За фактичних обставин справи, коли службова особа вимагає дати їй хабар, а особа, яка його дає і при цьому усвідомлює, що тим самим незаконно уникає настання для себе негативних наслідків, які б настали за відмови дати його, то такі дії за своїми ознаками не утворюють вимагання хабара.

Правову позицію із цього питання Суд раніше неодноразово висловлював у постановах № 5-14кс12, 5-13кс13, 5-14кс13, 5-28кс13, 5-14кс15, 5-47кс13, 5-43кс13, 5-124кс15.

5.1. Як видно з формулювання обвинувачення, визнаного судом у вироку доведеним, у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_2 установлено, що ОСОБА_7 звернулась із заявою від 17 лютого 2012 року до міського голови з проханням надати дозвіл на розробку проекту землеустрою з виділення земельної ділянки площею 0,1167 га, яка знаходилась за тією самою адресою - АДРЕСА_1, що й приватизована частина земельної ділянки, закріплена за будинком, для ведення особистого селянського господарства та передачею його у власність, і яка фактично перебувала в користуванні родини з 1956 року. Судом не встановлено, що такі вимоги мали незаконний характер, а відтак обґрунтованою є кваліфікуюча ознака вимагання.

Установивши зазначені обставини, суд першої інстанції, а в подальшому апеляційний та касаційний суди визнали наявною в діях ОСОБА_2 кваліфікуючу ознаку статті 368 КК - одержання хабара, поєднаного з його вимаганням.

Тому висновок Суду в цій справі ґрунтується на оцінці інших обставин, ніж тих, що було застосовано у справі № 5-124кс15 щодо ОСОБИ_4.

6. Ураховуючи викладене, немає підстав стверджувати, що суд касаційної інстанції, залишивши без зміни вирок щодо ОСОБА_2, допустив неправильне застосування кримінального закону або невідповідність висновкам, викладеним у постанові Суду, а тому в задоволенні заяви захисника ОСОБА_1 слід відмовити.

Керуючись статтями 453, 454 і 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Відмовити у задоволенні заяви захисника ОСОБА_1 в інтересах засудженого ОСОБА_2.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 4 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 року
у справі № 5-28кс14

(рішення про правильне застосування судом кваліфікуючої ознаки «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб», а також про правильне розуміння відмінностей між одержанням хабара та заволодінням чужим майном у шахрайський спосіб)

Одержання хабара за попередньою змовою осіб має кваліфікуватись якщо: а) злочин вчинили декілька осіб (двоє і більше); б) всі вони є суб'єктами цього злочину – службовими особами; в) мала місце попередня домовленість на вчинення цього злочину.

Співвиконавцями слід вважати службових осіб, що одержали хабар за виконання чи невиконання дій, які кожна з них могла або повинна була виконати з використанням свого службового становища. При цьому для кваліфікації одержання хабара як вчиненого за попередньою змовою групою осіб не має значення, як були розподілені ролі між співвиконавцями, чи всі вони повинні були виконувати або не виконувати дії, погоджені з хабародавцем, а також чи усвідомлював останній, що в одержанні хабара беруть участь декілька службових осіб. Злочин вважається закінченим з моменту, коли хабар прийняв хоча б один із співвиконавців.

Треба також підкреслити, що коли службова особа має умисел на заволодіння чужим майном шляхом обману і для цього вчиняє дії, які за зовнішнім проявом лише схожі з тими, що належать до кола її службових повноважень, а для переконання потерпілих у достовірності обману ухвалює завідомо неправдиві (такі, що не породжують жодних правових наслідків) рішення, то такі дії самі по собі, незважаючи на їх схожість із протиправним використанням службових повноважень, не утворюють злочину у сфері службової діяльності (постанова № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року).

(Витяг)

Вироком Подільського районного суду м. Києва від 3 квітня 2013 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною третьою статті 15, частиною третьою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) (в редакції Закону від 11 червня 2009 року) до позбавлення волі на строк вісім років з позбавленням права обіймати атестовані посади в правоохоронних органах України на строк три роки з конфіскацією всього майна, яке є його власністю, а на підставі статті 54 КК його позбавлено класного чину «старший радник юстиції».

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що у період з 9 лютого по 8 квітня 2010 року він як прокурор з нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті Київської області за попередньою змовою із старшим слідчим прокуратури з нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті Київської області ОСОБА_2 вчинив незакінчений замах на одержання 50.000 доларів США (396.250 грн.) хабара від обвинуваченого за частиною п'ятою статті 191 КК ОСОБА_3 за виконання в інтересах останнього дій з

використанням наданих йому службових повноважень, а саме за те, що він, здійснюючи нагляд за розслідуванням справи, не буде втручатися і скасовувати постановлені ОСОБА_2 процесуальні рішення про обрання щодо ОСОБА_3 запобіжного заходу, не пов'язаного з взяттям під варту, про звільнення його з ізолятора тимчасового тримання та інші процесуальні рішення, спрямовані на пом'якшення кримінальної відповідальності останнього. 2 і 8 квітня 2010 року вони у два прийоми одержали від ОСОБА_3 частину обумовленого хабара сумами, відповідно, 5.000 доларів США (39.625 грн.) і 15.000 доларів США (118.863 грн.), що загальною сумою становило 20.000 доларів США (158.488 грн.), і були затримані.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 29 жовтня 2013 року вирок щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

Касаційний суд - колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ - ухвалою від 22 квітня 2014 року вирок Подільського районного суду м. Києва від 3 квітня 2013 року та ухвалу Апеляційного суду м. Києва від 29 жовтня 2013 року щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

У заяві засуджений ОСОБА_1 порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 квітня 2014 року та направлення справи щодо нього на новий касаційний розгляд. Твердить, що суд касаційної інстанції допустив неоднакове застосування однієї й тієї самої норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку заявника, фактично вчинене ним діяння не є хабарництвом, а має кваліфікуватися як замах на заволодіння чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою, оскільки він як прокурор не мав тих повноважень, якими б міг здійснити всі дії на задоволення інтересів хабародавця. Зокрема, веде мову про звільнення обвинуваченого за амністією, адже вирішення цього питання – повноваження виключно суду, а більше того, ОСОБА_3 як особа, до якої раніше застосовувалась амністія, не міг бути за законом звільнений від кримінальної відповідальності за цією підставою. Крім того, зазначає, оскільки одержання грошей від останнього відбувалося в декілька етапів, гроші одержував інший співучасник, а він не виконував при цьому ніяких дій, пов'язаних зі службовими повноваженнями, їхні із ОСОБА_2 дії мали кваліфікуватися щодо кожного окремо, в залежності від вчиненого.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні засуджений послався на ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 14 серпня 2012 року та 22 травня 2014 року. У першій з них касаційний суд змінив рішення судів нижчої ланки, перекваліфікував дії засудженого з частини другої статті 368 КК на частину першу статті 190 КК, зазначивши, що головний спеціаліст відділу взаємодії з інституціями громадянського суспільства управління з суспільно-політичних питань Головного управління з питань внутрішньої політики виконавчого органу Київської міської ради, будучи

службовою особою, в силу своїх обов'язків та функцій не був наділений правом приймати рішення по суті питання щодо надання дозволу на проведення музичного фестивалю, залучення необхідних структур та служб для їх участі в організації й забезпеченні необхідних умов проведення цього заходу. Касаційний суд звернув увагу на встановлений факт, що отримані гроші засуджений не мав наміру передавати посадовим особам названих структур, а отже не міг бути суб'єктом злочину, передбаченого статтею 368 КК. Іншою – касаційний суд погодився з позицією нижчестоящих судів і зазначив, що за відсутності даних про те, що начальник та заступник начальника відділу державної виконавчої служби Долинського районного управління юстиції здійснювали вплив на вирішення результату прилюдних торгів, суд обґрунтовано перекваліфікував їхні дії з частини другої статті 368 КК на частину другу статті 190 КК.

Крім того, на обґрунтування своєї позиції засуджений ОСОБА_1 долучив до заяви ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року, 8 травня та 18 жовтня 2012 року. В ухвалах від 22 листопада 2011 року і 8 травня 2012 року касаційний суд погодився з рішеннями судів про виправдання службових осіб, які займали відповідальне становище в органах місцевого самоврядування, за відсутністю в їхніх діях складу злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК, з тих підстав, що вони в силу своїх службових обов'язків не мали реальної можливості одноособово вирішувати ті питання, рішення по яким приймаються колегіальними органами, а, крім того, не могли з використанням службового становища впливати на прийняття таких рішень. Також в ухвалі від 22 листопада 2011 року касаційний суд зазначив, що у справі відсутні докази змови між виправданими, розподілення ними ролей та вчинення дій згідно розробленого плану, не встановлено суму інкримінованого хабара.

В ухвалі від 18 жовтня 2012 року касаційний суд погодився з висновками судів нижчої ланки про виправдання начальника кримінальної міліції та начальника сектору карного розшуку районного відділу МВС України в Сумській області, які обвинувачувалися в одержанні хабара за попередньою змовою шляхом його вимагання та в закінченому замаху на такий же злочин. У цій справі суд зазначив, що доказів участі осіб у вчиненні інкримінованих дій здобуто не було.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю – доповідача, пояснення прокурора про відмову в задоволенні заяви, дослідила матеріали кримінальної справи та матеріали провадження, обговорила вимоги, зазначені в заяві, та дійшла висновку про таке.

1. Кримінальна справа про перегляд рішення суду касаційної інстанції за заявою засудженого ОСОБА_1 допущена до провадження Верховного Суду України у порядку, визначеному пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) і главою 32^{1} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі - КПК 1960 року), і розглядається за наявності підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

2. Предметом перегляду зазначеної справи є неоднаковість розуміння судом касаційної інстанції спеціального суб'єкта злочину, передбаченого статтею 368 КК, і такої його кваліфікуючої ознаки як «одержання хабара за попередньою змовою групою осіб», а також розуміння відмінностей одержання хабара від заволодіння чужим майном у шахрайський спосіб.

3. Верховний Суд України в контексті різних видів фактичних обставин справи раніше неодноразово називав ознаки, за якими діяння належало кваліфікувати як одержання хабара, давав визначення спеціального суб'єкта цього злочину, а також роз'яснював, за яких умов одержання хабара належить визнавати вчиненим за попередньою змовою групою осіб.

У постанові Пленуму від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» Верховний Суд України роз'яснив, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що посадова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або хоч і не мала повноважень вчинити відповідні дії, але через своє посадове становище могла вжити заходів до їх вчинення іншими посадовими особами.

Закон формулює наступні ознаки хабарництва: спеціальний суб'єкт злочину – службова особа, визначення якої дається у примітці до статті 364 КК; предмет злочину – будь-які матеріальні винагороди, майнові вигоди чи послуги майнового характеру; причинний зв'язок між незаконною винагородою та згодою службової особи використати свої службові повноваження чи становище; залежність між оплаченим хабаром результатом та спроможністю застосування (незастосування) службовою особою своїх повноважень або використання інших можливостей суб'єкта злочину для досягнення бажаного хабародавцю результату – повноважень давати вказівки і контролювати діяльність інших осіб (організацій); уявлення хабародавця про можливість позитивного для нього вирішення того чи іншого питання певною службовою особою; усвідомлення службовою особою, що майнове благо надається їй за дії (бездіяльність) по службі; умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що особа, яка надає матеріальне благо, сприймає свою поведінку як давання хабара.

Відповідно до положень пункту 1 примітки до статті 364 КК (в редакції Закону України від 15 квітня 2008 року № 270-VI, що діяв на момент вчинення злочину засудженим) службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

Одержання хабара за попередньою змовою осіб має кваліфікуватись якщо: а) злочин вчинили декілька осіб (двоє і більше); б) всі вони є суб'єктами цього злочину – службовими особами; в) мала місце попередня домовленість на вчинення цього злочину.

Співвиконавцями слід вважати службових осіб, що одержали хабар за виконання чи невиконання дій, які кожна з них могла або повинна була виконати з використанням службового становища. При цьому для кваліфікації одержання хабара як вчиненого за попередньою змовою групою осіб не має значення, як були розподілені ролі між співвиконавцями, чи всі вони повинні були виконувати або не виконувати дії обумовлені з тим, хто дав хабар, чи усвідомлював він, що в одержанні хабара беруть участь декілька службових осіб. Злочин вважається закінченим з моменту, коли хабар прийняв хоча б один із співвиконавців.

Розмір одержаного групою осіб хабара визначається загальною вартістю одержаних цінностей чи послуг. Якщо хабар одержано у великому або особливо великому розмірі, кожен із співучасників злочину, якому про це було відомо, несе відповідальність за одержання хабара за таких кваліфікуючих обставин, навіть якщо розмір одержаного ним особисто не є великим або особливо великим (пункт 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»).

У пункті 14 вказаної Постанови зазначається, що у тому разі, коли при умислі службової особи на одержання хабара у великому чи особливо великому розмірі нею з причин, які не залежать від її волі, було одержано лише частину обумовленого хабара, вчинене слід кваліфікувати як замах на одержання хабара у розмірі, який охоплюється умислом винного.

4. У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 установлено, що він, будучи представником влади, обіймаючи посаду прокурора з нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті Київської області, за результатами перевірки фінансово-господарської діяльності Київського Державного авіаційного підприємства «Універсал-Авіа» порушив кримінальну справу за фактом розкрадання майна шляхом зловживання службовим становищем службовими особами цього підприємства за частиною п’ятою статті 191 КК. Він же здійснював безпосередній нагляд за розслідуванням цієї справи слідчим ОСОБА_2 і знав про притягнення в ній до кримінальної відповідальності за частиною п’ятою статті 191 КК ОСОБА_3. Саме він спланував одержання хабара від ОСОБА_3. Запропонував за 50.000 доларів США виконати в інтересах останнього дії з використанням наданих йому службових повноважень, а саме за те, що він, здійснюючи нагляд за розслідуванням справи, не буде втручатися і скасовувати постановлені ОСОБА_2 процесуальні рішення про звільнення ОСОБА_3 з ізолятора тимчасового тримання, про обрання щодо нього запобіжного заходу, не пов’язаного із взяттям під варту та інші процесуальні рішення, спрямовані на пом’якшення кримінальної відповідальності останнього.

ОСОБА_1 давав ОСОБА_2 настанови, як діяти з метою переконати ОСОБА_3 у необхідності давання хабара, у тому числі з метою прискорення одержання хабара наказав слідчому повідомити ОСОБА_3, що не буде заперечувати проти амністії щодо нього. ОСОБА_2 як підлеглий, у свою чергу, виконував ці вказівки і доповідав про свої дії ОСОБА_1.

ОСОБА_3, будучи впевнений, що слідчий ОСОБА_2 і прокурор ОСОБА_2

мають можливість з використанням свого службового становища прийняти бажані для нього рішення у межах розслідування кримінальної справи, погодився на передачу 50.000 доларів США.

Спільними діями засудженим у два прийоми 2 і 8 квітня 2010 року удалося одержати частину обумовленого хабара у сумі 20.000 доларів США. Решту одержати не встигли, оскільки були затримані.

ОСОБА_1, одержуючи від ОСОБА_3 через ОСОБА_2 гроші, знав (не міг не знати), що одержує їх за виконання дій в інтересах ОСОБА_3, а останній, у свою чергу, усвідомлював, що він дає, а ОСОБА_1 і ОСОБА_2 одержують гроші за вчинення певних дій.

З огляду на ці обставини та їх кримінально-правове значення було зроблено правильний висновок про наявність у діях ОСОБА_1 ознак незакінченого замаху на одержання службовою особою, яка займає відповідальне становище, хабара за попередньою змовою групою осіб, в особливо великому розмірі.

Суд касаційної інстанції у своїй правовій позиції погодився з висновками судів нижчої ланки щодо кваліфікації дій ОСОБА_1 за частиною третьою статті 15, частиною третьою статті 368 КК.

5. Фактичні обставини, щодо яких ухвалено порівнювані ухвали від 14 серпня 2012 року та 22 травня 2014 року, за рядом ознак є зовні подібні обставинам діяння інкримінованого ОСОБА_1: суб'єктом злочину є службова особа, яка займає відповідальне становище, предметом злочину виступають гроші, способом діяння є вчинення конкретних дій в інтересах того, хто мав передати гроші, подібною є й суб'єктивна сторона злочинів, що характеризується корисливим мотивом та метою незаконного збагачення.

Разом із тим ці та інші зовнішні поведінкові ознаки не уподібнюють фактичні обставини цих діянь настільки, щоб визнати їх однаковими (ідентичними), а відтак вести мову про неправильний вибір і неоднакове застосування однієї й тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Навпаки, виходячи зі змісту (характеру) фактичних обставин, досліджених у сукупності, та принципу індивідуалізації відповідальності, кожне із зазначених діянь отримало відповідну кримінальну-правову оцінку.

Зокрема, одержання грошей головним спеціалістом відділу виконавчого органу Київської міської ради не було розцінено як злочин у сфері службової діяльності, оскільки гроші опинилися у нього не через протиправне використання ним своїх службових повноважень, а тому, що він повідомив зацікавленим особам неправдиву інформацію щодо можливості вчинити в їхніх інтересах певні дії, при цьому надав на підтвердження інформаційний лист, видаючи його за дозвільний документ державного органу, і у такий спосіб шляхом обману заволодів ними.

В іншій справі (ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2014 року) одержання начальником та заступником начальника відділу державної виконавчої служби грошової винагороди, суд розцінив не як одержання хабара, а як шахрайство, бо грошима

вони заволоділи, шляхом обману, оскільки в силу своїх службових обов'язків не могли здійснювати вплив на підприємство, що проводило торги, яке у своїй діяльності не підпорядковувалося виконавчій службі.

Як раніше зазначав Верховний Суд України, коли службова особа має умисел на заволодіння чужим майном шляхом обману і для цього вчиняє дії, які за зовнішнім проявом лише схожі до тих, що належать до кола її службових повноважень, а для переконання потерпілих у достовірності обману виносить завідомо неправдиві (такі, що не породжують жодних правових наслідків) документи, то такі дії самі по собі, незважаючи на їх схожість із протиправним використанням службових повноважень, не утворюють злочину в сфері службової діяльності (постанова № 5-28кс13 від 5 вересня 2013 року).

6. Правові висновки касаційного суду у наданих на порівняння ухвалах колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2011 року і 8 травня 2012 року про виправдання службових осіб, які займали відповідальне становище в органах місцевого самоврядування, за відсутністю в їхніх діях складу злочину, передбаченого частиною третьою статті 368 КК не можуть бути прикладом неоднакового правозастосування, оскільки не обґрунтовують позицію, яка обстоюється у заяві ОСОБА_1 про необхідність перекваліфікації його дій з частини третьої статті 368 КК на частину першу статті 190 КК.

Крім того, в зазначених ухвалах від 22 листопада 2011 року та 8 травня 2012 року, фактичні обставини суспільно небезпечних діянь, щодо яких ухвалені ці рішення, попри подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА_1, отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З'ясування причин та умов такого застосування норм закону, відповідно до пункту першого частини першої статті 400^{12} і частини другої статті 400^{22} КПК 1960 р., перебувають за межами предмета перегляду, у зв'язку з чим Верховний Суд України позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цих рішень. При цьому вважає за необхідне зазначити, що правова оцінка суспільно небезпечного діяння, наведена у порівнюваних рішеннях касаційного суду, не завжди є прикладом правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

7. Посилання автора заяви на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 жовтня 2012 року як на приклад неоднакового правозастосування є неприйнятним, оскільки у цій справі через відсутність допустимих і достовірних доказів не доведено участі особи у вчиненні діяння, з яким порівнюється оспорюване рішення.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» КПК і статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{23} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого ОСОБА_1 про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого

суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 квітня 2014 року.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} КПК 1960 року.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 листопада 2013 року у справі № 5-29кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як незаконного збагачення в аспекті розмежування його з одержанням службовою особою неправомірної вигоди)

Діяння, передбачені частиною першою статті 368^2 КК (незаконне збагачення), у редакції від 7 квітня 2011 року, і частиною першою статті 368 КК (одержання хабара, основний склад), та частиною третьою статті 368 КК (кваліфікований склад), співвідносяться як загальна та спеціальна норми права. Такі діяння є проявами кримінально караної корупції, вони схожі за об'єктом та предметом посягання, ознаками об'єктивної та суб'єктивної сторін – умисне корисливе одержання неправомірної вигоди, вчинене спеціальним суб'єктом – службовою особою.

Відмінність між ними полягає в особливостях ознак об'єктивної та суб'єктивної сторін кожного із цих діянь. Диспозиція частини третьої статті 368 КК (у редакції закону, чинній на момент вчинення злочину й постановлення оспореного рішення) охоплює більш вузьке коло діянь, оскільки передбачає кримінальну відповідальність тільки тоді, коли одержання хабара (неправомірної вигоди) особою відбувається в обмін на вчинення чи невчинення нею в інтересах того, хто дає хабар (неправомірну вигоду), або в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Натомість диспозиція частини першої статті 368^2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) не пов'язує (не ставить у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання якихось певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб.

Незаконного збагачення як діяння немає й тоді, коли в діях службової особи наявні не тільки ознаки одержання хабара (неправомірної вигоди), але й ознаки інших суміжних кримінально караних корупційних діянь, а саме: зловживання впливом, тобто одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція здійснити вплив за надання такої вигоди, якщо це діяння вчинене службовою особою (частини друга і третя статті 369 КК).

(Витяг)

Вироком Київського районного суду м. Полтави від 21 березня 2012 року ОСОБА_1 засуджено за частиною першою статті 368^2 Кримінального кодексу України (далі - КК) (у редакції від 7 квітня 2011 року) до обмеження волі на строк один рік і три місяці з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням функцій представника влади строком на два роки. У строк відбуття покарання зараховано ОСОБА_1 час перебування під вартою та на підставі частини першої і п'ятої статті 72 КК його визнано таким, що відбув основне покарання.

Апеляційний суд Полтавської області своїм вироком від 26 липня 2012 року вирок місцевого суду скасував і постановив новий вирок, яким засудив ОСОБА_1 за частиною третьою статті 368 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням функцій представника влади строком на три роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю, та на підставі статті 54 КК позбавив його спеціального «звання полковника податкової міліції».

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 22 листопада 2012 року вирок апеляційного суду Полтавської області від 26 липня 2012 року щодо ОСОБА_1 змінила: перекваліфікувала його дії з частини третьої статті 368 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) на частину першу статті 368^2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) і призначила покарання, аналогічне тому, яке призначив суд першої інстанції.

Засудженого було звільнено з-під варти із залу суду у зв'язку з відбуттям покарання.

ОСОБА_1 визнано винним у тому, що він як ІНФОРМАЦІЯ_1 28 липня 2011 року вдень неподалік магазину ІНФОРМАЦІЯ_2 одержав від ОСОБА_2 неправомірну вигоду в сумі 7 000 доларів США.

У заяві прокурор просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 року щодо ОСОБА_1 Вважає, що дії засудженого неправильно кваліфіковано за частиною першою статті 368^2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року), оскільки, на його думку, службове становище ОСОБА_1 і характер вчинених ним дій не відрізнялися від службового становища та вчинених дій особи, які в порівнюваному рішенні касаційний суд розцінив як хабар.

На підтвердження своїх доводів прокурор посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 квітня 2013 року щодо ОСОБА_3 У цій справі ОСОБА_3 було визнано винним в одержанні хабара за те, що він як начальник відділу розслідування злочинів у сфері господарської діяльності слідчого управління УМВС України в Полтавській області одержав хабар у сумі 3 000 доларів США для уникнення хабародавцем кримінальної відповідальності за злочин.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю – доповідача, пояснення прокурора про необхідність

задоволення заяви з наведених у ній міркувань, пояснення засудженого ОСОБА_1 про відсутність підстав для задоволення заяви, перевірила матеріали кримінальної справи та додані до заяви матеріали, обговорила доводи заяви та науковий висновок члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку про таке.

1. Рішення касаційного суду щодо ОСОБА_1 переглядається за наявності підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року), та в порядку Глави 32^{1} цього Кодексу. Перегляд відбувається за сукупності доказів, встановлених і досліджених судами нижчої ланки (судами факту).

2. Діяння, передбачені частиною першою статті 368^{2} КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) (незаконне збагачення) та частиною першою статті 368 КК (одержання хабара), (основний склад) та частиною третьою статті 368 КК (кваліфікований склад), співвідносяться як загальна та спеціальна норми права. Такі діяння є проявами кримінально караної корупції, вони схожі за об'єктом та предметом посягання, ознаками об'єктивної та суб'єктивної сторін – умисне корисливе одержання неправомірної вигоди, спеціальним суб'єктом – службова особа.

3. Відмінність між цими діяннями полягає в особливостях ознак об'єктивної та суб'єктивної сторін кожного із цих діянь. Диспозиція частини третьої статті 368 КК (у редакції закону, чинній на час вчинення злочину й постановлення оспореного рішення) охоплює більш вузьке коло діянь, оскільки передбачає кримінальну відповідальність тільки тоді, коли одержання хабара (неправомірної вигоди) особою відбувається в обмін на вчинення чи невчинення нею в інтересах того, хто дає хабар (неправомірну вигоду), чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Стосовно такого трактування цієї норми закону Верховний Суд України у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснив, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу. Ці роз'яснення актуальні для правозастосовної практики й дотепер.

Натомість диспозиція частини першої статті 368^{2} КК (у редакції від 7 квітня 2011 року) не пов'язує (не ставить у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання якихось певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб.

Незаконного збагачення як діяння немає й тоді, коли в діях службової особи наявні не тільки ознаки одержання хабара (неправомірної вигоди), але й ознаки інших суміжних кримінально караних корупційних діянь, як-от

зловживання впливом, тобто одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція здійснити вплив за надання такої вигоди, якщо це діяння вчинене службовою особою (частини друга і третя статті 369 КК).

Норми, передбачені частиною першою статті 368^2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року), встановлюють заборону на одержання вигоди будь-якого виду та вигляду поза межами встановлених законом підстав та порядку. Ця заборона призначена запобігти виникненню конфлікту інтересів, забезпечити прозорість та ефективність виконання функцій влади та/чи управління у сфері публічних відносин, гарантувати безсторонність та неупередженість службової особи під час виконання наданих їй службових повноважень. Це означає, що службова особа тільки тому, що вона має статус державної публічної службової особи і наділена службовими повноваженнями, за будь-яких умов, приводів, обставин, причин не має права отримувати грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, подарунки, пожертви, інші індивідуально особистісні знаки уваги, які або не забезпечені еквівалентом витраченого робочого часу на виконання службових повноважень та/чи на зайняття іншими дозволеними законом видами діяльності, що не суперечать інтересам служби (викладацька, наукова, творча та інші види, передбачені пунктом 1 частини першої статті 7 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», або не відповідають загальновизнаним уявленням гостинності, або очевидно (явно) є незаслуженими тощо.

Одержання зазначеної вигоди за наведених умов (пасивна корупція) та володіння нею у сукупності з іншими обставинами дає підстави розцінювати ці дії як незаконне збагачення.

З огляду на зазначене важливим є ряд інших ознак, які ідентифікують це діяння. Зокрема, має бути визначена й офіційно закріплена наявність майна, яке значно перевищує офіційно проголошені (встановлені) доходи службової особи; встановлена невідповідність між доходами і майновим станом службової особи.

4. У кримінальній справі, у якій ухвалено оспорюване судове рішення, встановлено, що ОСОБА_1 обіймав посаду ІНФОРМАЦІЯ_1, відповідно до якої був наділений процесуальними повноваженнями на проведення досудового слідства. Зокрема, відповідно до положень статті 114^1 КПК України 1960 року, чинних на момент вчинення злочину, ОСОБА_1 мав право перевіряти кримінальні справи, давати вказівки слідчому про провадження досудового слідства, про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину та обсяг обвинувачення, про провадження окремих слідчих дій, передавати справу від одного слідчого іншому, доручати розслідування справи декільком слідчим, а також брати участь у провадженні досудового слідства та особисто провадити досудове слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого. Його вказівки для слідчого були обов’язковими.

У справі встановлено також, що у слідчого відділу ДПА у Полтавській області перебувала у провадженні кримінальна справа щодо ОСОБА_4, близький родич якого ОСОБА_2 був зацікавлений у зменшенні обсягу

обвинувачення ОСОБА_4, лояльному провадженні щодо нього досудового слідства і вживав для цього відповідні заходи.

ОСОБА_2 звернувся до ОСОБА_1, бо знав, яку посаду той обіймав, відав про його службове становище і службові повноваження, розумів, що службова особа, яка обіймає таку посаду, може виконати дії в його інтересах.

ОСОБА_1 знав, що в очолюваному ним відділі розслідується кримінальна справа щодо ОСОБА_4, був ознайомлений з характером обвинувачення останнього, розумів зміст прохання ОСОБА_2 і з цього приводу неодноразово вів з ним предметні розмови, усвідомлював (не міг не усвідомлювати), що він, зважаючи на свої службові повноваження і своє службове становище, може задовольнити інтерес ОСОБА_2

У ОСОБА_1 були виявлені гроші, які йому передав ОСОБА_2, як плату (хабар) за вчинення в його інтересах дій із використанням свого службового становища.

5. Зазначені обставини у сукупності дають підстави для висновку, що ОСОБА_1 одержав хабар (незаконну винагороду), не просто так, а за вчинення певних дій. Він одержав саме хабар за те, що в інтересах хабародавця використає свої службові повноваження і своє службове становище начальника слідчого відділу під час досудового слідства щодо ОСОБА_4

ОСОБА_1, коли одержував гроші, знав (не міг не знати), що одержує їх за виконання дій в інтересах того, хто дає хабар, а особа, яка давала хабар, у свою чергу, усвідомлювала, що вона дає, а ОСОБА_1 одержує гроші за вчинення певних дій.

Такі обставини вказують на наявність у діях ОСОБА_1 ознак хабарництва, що виключає можливість кваліфікації цього діяння за ознаками незаконного збагачення, тобто злочину, передбаченого статтею 368^2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року).

Суд касаційної інстанції застосував до фактичних обставин справи не ту норму закону про кримінальну відповідальність, що призвело до постановлення незаконного рішення, яке не може залишатися в силі.

Оскільки Верховний Суд України процесуально позбавлений можливості постановити нове судове рішення, він змушений скасувати оспорюване рішення суду касаційної інстанції і направити справу на новий касаційний розгляд.

Керуючись пунктом 15 Перехідних положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року та статтями 400-21, 400-23, 400-24 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України,

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі,

передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2015 року у справі № 5-5кс15

(рішення про правильну кваліфікацію дій як одержання службовою особою неправомірної вигоди в аспекті розмежування його з незаконним збагаченням)

Під час розмежування кримінально-правових норм, передбачених частиною другою статті 368 КК, у редакції від 18 квітня 2013 року, та статтею 368-2 КК, у редакції від 7 квітня 2011 року, із наступними змінами від 18 квітня 2013 року, необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) завжди обумовлено вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні така обумовленість відсутня, оскільки одержання неправомірної вигоди, як і передача її близьким родичам, не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб.

(Витяг)

Вироком Ковпаківського районного суду м. Суми від 22 липня 2014 року ОСОБА 1, ІНФОРМАЦІЯ 1, такого, що не має судимості, засуджено за частиною четвертою статті 368 Кримінального кодексу України (далі КК) із застосуванням статті 69 КК до позбавлення волі на строк три роки шість місяців з позбавленням права обіймати посади в митних органах Міністерства доходів і зборів України, на строк два роки, з конфіскацією майна, крім житла.

Апеляційний суд Сумської області ухвалою від 27 жовтня 2014 року вирок щодо ОСОБА 1 змінив, перекваліфікував дії ОСОБА 1 з частини четвертої статті 368 КК на частину другу статті 368 КК в редакції від 18 квітня 2013 року та призначив йому за цим Законом покарання із застосуванням статті 69 КК у виді позбавлення волі на строк один рік шість місяців, з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з здійсненням владних повноважень у правоохоронних органах, на строк два роки.

У решті вирок щодо ОСОБА 1 залишено без змін.

ОСОБА 1 визнано винуватим у тому, що він 29 серпня 2013 року, обіймаючи посаду головного інспектора митного поста ІНФОРМАЦІЯ 2, одержав від ОСОБА 2 5000 грн. неправомірної вигоди за сприяння останньому у митному оформленні ввезених в Україну двох вантажних автомобілів марки

«Опель Віваро» та «Фольксваген Кадді».

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 15 січня 2015 року судові рішення щодо ОСОБА 1 залишила без змін.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України захисник Краглевич В.В. порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 січня 2015 року з підстав неоднакового застосування норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку захисника, суд касаційної інстанції помилково погодився із кваліфікацією дій ОСОБА 1 за частиною другою статті 368 КК (у редакції від 18 квітня 2013 року), оскільки дії засудженого формально підпадають під ознаки складу злочину, передбаченого частиною першою статті 368-2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року). Захисник стверджує, що в діях ОСОБА 1 відсутній склад кримінального правопорушення, передбаченого частиною другою статті 368 КК, а тому кримінальне провадження щодо нього підлягає закриттю.

Як на приклад неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 лютого 2014 року, в якій суд касаційної інстанції за подібних обставин погодився з кваліфікацією дій ОСІБ за частиною першою статті 368-2 КК. Водночас захисником заперечується наявність в діях ОСОБА 1 і цього складу кримінального правопорушення.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, прокурора, який вважав, що заява захисника задоволенню не підлягає, пояснення захисника на підтримання доводів заяви, перевірила матеріали справи та матеріали, додані до заяви, обговоривши зазначені в ній доводи, дійшла висновку про таке.

1. Відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України у редакції від 13 квітня 2012 року (далі КПК) підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України, що набрали законної сили, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Підстава перегляду Судом касаційного рішення щодо ОСОБА 1 в аспекті положень пункту 1 частини першої статті 445 КПК зумовлюється виключно тими фактичними обставинами, які встановлені судовими інстанціями і зазначені в рішеннях, що набрали законної сили.

Порівняння суспільно небезпечних діянь оспореного та порівнюваного рішень свідчить про їх подібність за об’єктом посягання, ознаками об’єктивної

та суб'єктивної сторін – умисне корисливе одержання неправомірної вигоди, спеціальним суб'єктом – службова особа. Водночас ці діяння отримали різну кримінально-правову оцінку: в оспореному рішенні - за частиною другою статті 368 КК, а в порівняному - за частиною першою статті 368-2 КК.

Ця відмінність у правозастосуванні, що потягла ухвалення різних за змістом судових рішень, дає підстави Суду розглянути заяву, вирішити питання щодо законності оспореного судового рішення і виробити правову позицію щодо того, яку норму закону України про кримінальну відповідальність належить застосовувати до наведених обставин справи, і зазначити ознаки відмінності між нормами закону України про кримінальну відповідальність, передбаченими частиною другою статті 368 КК (у редакції від 18 квітня 2013 року) і статтею 368-2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року).

2. Суд раніше вже висловлював свою правову позицію щодо правозастосування у цьому питанні (див. справу № 5-29кс13 щодо Ю.)

Відповідальність за одержання хабара (неправомірної вигоди) настає лише за умови, що службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу (абзац перший пункту 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року №5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

Таким чином, кримінальна відповідальність за одержання неправомірної вигоди у розумінні диспозиції частини другої статті 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 року настає тоді, коли одержання неправомірної вигоди особою відбувається в обмін на вчинення чи невчинення нею в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Разом із тим, норми закону, передбачені статтею 368-2 КК у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року не пов'язують (не ставлять у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання якихось певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб.

Норми, передбачені статтею 368-2 КК у зазначеній редакції встановлюють заборону на одержання вигоди будь-якого виду та вигляду поза межами встановлених законом підстав та порядку. Службова особа тільки тому, що вона має статус державної публічної службової особи і наділена службовими повноваженнями, за будь-яких умов, приводів, обставин, причин не має права отримувати грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, подарунки, пожертви, інші індивідуально особистісні знаки уваги, які або не забезпечені еквівалентом витраченого робочого часу на виконання службових повноважень та/чи на зайняття іншими дозволеними

законом видами діяльності, що не суперечать інтересам служби (викладацька, наукова, творча та інші види, передбачені пунктом 1 частини першої статті 7 Закону України "Про засади запобігання і протидії корупції"), або не відповідають загальновизнаним уявленням гостинності, або очевидно (ясно) є незаслуженими, тощо.

Одержання зазначеної вигоди за наведених умов та володіння нею у сукупності з іншими обставинами дає підстави розцінювати ці дії як незаконне збагачення.

Крім того, має бути визначена й офіційно закріплена наявність майна, яке значно перевищує офіційно проголошені (встановлені) доходи службової особи, встановлена невідповідність між доходами і майновим станом службової особи.

Отже, при розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених частиною другою статті 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 року та статтею 368-2 КК у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) завжди обумовлено вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні така обумовленість відсутня, бо як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб.

3. У кримінальній справі, в якій заперечується рішення суду касаційної інстанції, встановлено, що ОСОБА 1 обіймав посаду головного інспектора митного поста ІНФОРМАЦІЯ 2, був службовою особою.

Відповідно до займаної посади ОСОБА 1 організовує та контролює роботу особового складу, що входить до митного поста, при цьому повинен дотримуватися вимог технологічних схем та порядку митного контролю за оформленням товарів та інших предметів, які переміщуються громадянами через митний кордон України, контролює виконання цих вимог іншими працівниками поста. ОСОБА 1 здійснює митний контроль і митне оформлення транспортних засобів, що переміщуються через митний кордон України фізичними та юридичними особами відповідно до законодавства України і наказів Державної митної служби України, а також нараховує податки, збори згідно з законодавством України, перевіряє документи на транспортні засоби, надані їх власниками, з метою встановлення законності володіння, користування ними, ввезення їх в Україну та визначення технічних даних, видає фізичним та юридичним особам документи для реєстрації транспортних засобів в органах ДАІ МВС України та документи про сплату податків і зборів, проводить огляд та переогляд транспортних засобів, своєчасно вносить достовірні відомості до Єдиної автоматизованої системи митних органів, здійснює заходи щодо виявлення та припинення порушення митних правил,

складає відповідні протоколи, акти, інші документи, тощо.

У справі встановлено, що ОСОБА 2 мав намір ввезти на митну територію України легкові автомобілі і був зацікавлений в їх безперешкодному митному оформленні. Під час зустрічі, ОСОБА 1, дізнавшись про намір ОСОБА 2, запропонував йому за неправомірну вигоду у сумі 2500 грн. за кожний автомобіль, провести їх швидке митне оформлення, всіляко сприяти та не чинити перешкод по процедурі їх митного оформлення.

При цьому ОСОБА 2 знав, яку посаду обіймає ОСОБА 1, розумів, що службова особа, яка обіймає таку посаду, може виконати дії в його інтересах. В свою чергу, ОСОБА 1 усвідомлював (не міг не усвідомлювати), що він, зважаючи на свої службові повноваження і своє службове становище, може задовольнити інтерес ОСОБА 2, з приводу чого неодноразово вів з ним предметні розмови.

В подальшому у службовому кабінеті ОСОБА 1 були виявлені гроші, які останньому передавав ОСОБА 2 як плату (неправомірну вигоду) за вчинення в його інтересах дій із використанням службового становища.

Аналіз фактичних підстав кваліфікації дій ОСОБА 1 і нормативне тлумачення положень закону про кримінальну відповідальність, за якою було кваліфіковано ці обставини, дають підстави зробити висновок про те, що касаційний суд правильно кваліфікував дії засудженого. Отже, доводи заяв про визнання незаконним цього рішення є безпідставними.

Посилання у заяві захисника на те, що ОСОБА 1 безпосередньо митного оформлення автомобілів не здійснював, не впливає на кваліфікацію його дій за ч. 2 ст. 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 року, оскільки виконання чи невиконання ним дій по митному оформленню автомобілів, як і виконання чи невиконання дій по сприянню ОСОБА 2 у митному оформленні автомобілів, перебувають поза межами об’єктивної сторони даного злочину. Кримінальна відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає незалежно від того, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

4. У судовому рішенні касаційної інстанції щодо ОСІБ 5, 6, 7 (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 лютого 2014 року), на яку зроблено посилання як на підтвердження неоднакового застосування одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність, фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, щодо якого ухвалено це рішення, попри певну подібність із фактичними обставинами діяння, вчиненого ОСОБА 1, отримали інакшу, відмінну кримінально-правову оцінку. З’ясування причин та умов такого застосування норм закону відповідно до пункту 1 частини першої статті 445 і частини другої статті 455 КПК, перебуває за межами предмета перегляду, у зв’язку з чим Суд позбавлений можливості висловити свою позицію щодо цього рішення.

5. У заяві, як убачається з її змісту, захисник поза зв’язком із предметом судового перегляду оспорює фактичні обставини справи, заперечує обґрунтованість висновків суду касаційної інстанції і просить дати їм відповідну правову оцінку з урахуванням наведених у заяві мотивів.

Зазначені твердження не стосуються (виходять за межі) визначеного законом предмета перегляду судового рішення, а тому не можуть бути підставами для його зміни чи скасування.

Оскільки обставини, які стали підставою для перегляду справи, не підтвердилися, підстав для визнання незаконним рішення касаційного суду щодо ОСОБА 1 немає.

Керуючись пунктом 2 розділу ІІ «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року, статтями 453, 454, 456 КПК, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

відмовити в задоволенні заяви захисника Краглевича В.В.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України.

Висновок: при розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених частиною другою статті 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 року та статтею 368-2 КК у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 року, необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) завжди обумовлено вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні така обумовленість відсутня, бо як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 7 листопада 2013 року у справі № 5-42кс13

(рішення про неправильний висновок суду щодо кваліфікації дій службової особи юридичної особи приватного права за ст. 368 КК)

До набрання чинності Законом № 3207-VI відповідальність службових осіб за одержання хабара була передбачена статтею 368 КК, яка охоплювала діяння будь-яких службових осіб – як юридичних осіб публічного права, так і юридичних осіб приватного права. Змінами кримінального закону, що відбулися у зв'язку із набранням чинності зазначеним Законом, законодавець виокремив самостійні склади злочинів, які вчиняються службовими особами юридичних осіб, залежно від порядку їх створення, зокрема визначив відповідальність спеціального суб'єкта –

службової особи юридичної особи приватного права за одержання неправомірної вигоди.

Дії винуватої кваліфіковані судом першої інстанції, з висновком якої погодилися й суди апеляційної та касаційної інстанцій, за частиною першої статті 368 КК, у редакції Закону від 5 квітня 2001 року, як одержання хабара. Однак на момент розгляду справи в суді першої інстанції вже набрала чинності стаття 368-3 КК України, якою встановлена відповідальність спеціального суб'єкта – службової особи юридичної особи приватного права за одержання неправомірної вигоди, яка і підлягала застосуванню.

(Витяг)

Вироком Бережанського районного суду Тернопільської області від 23 березня 2012 року ОСОБА_1.1, ІФОРМАЦІЯ 1, раніше не судиму, засуджено за частиною першою статті 366 Кримінального кодексу України (далі КК) до штрафу у розмірі двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 3 400 грн., з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням товарно-матеріальних цінностей та виконанням розпорядчо-владних функцій на строк один рік шість місяців; за частиною першою статті 368 КК до штрафу у розмірі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 8 500 грн., з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням товарно-матеріальних цінностей та виконанням розпорядчо-владних функцій на строк два роки. На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання у виді штрафу в розмірі 8 500 грн. з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням товарно-матеріальних цінностей та виконанням розпорядчо-владних функцій на строк два роки.

ОСОБА_1.1 визнано винною у тому, що вона, обіймаючи посаду голови сільськогосподарського ІНФОРМАЦІЯ_2 та будучи наділеною організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими функціями з організації та управління товариством і підпорядкованими працівниками, достовірно знаючи, що ОСОБА_2 не працює в очолюваному нею товаристві, 19 квітня 2011 року виготовила довідку про доходи № 25, форма якої затверджена наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 27 серпня 2004 року № 192 «Про затвердження форми Довідки про доходи», у якій власноручно зазначила, що ОСОБА_2 працює у ІНФОРМАЦІЯ_2 на посаді сторожа та з 1 жовтня 2010 року по 31 березня 2011 року, отримав дохід у розмірі 5 583 грн. Виготовлену довідку ОСОБА_1.1 скріпила печаткою товариства і підписала за керівника юридичної особи та за головного бухгалтера, чим вчинила службове підроблення офіційного документа.

Того ж дня ОСОБА_1.1, використовуючи своє службове становище, діючи умисно, з корисливих мотивів, одержала від ОСОБА_2 хабар у розмірі 700 грн. за видачу йому завідомо неправдивої довідки.

Ухвалою Апеляційного суду Тернопільської області від 6 червня 2012 року на підставі статті 365 Кримінально – процесуального кодексу України (далі

КПК) з мотивувальної та резолютивної частини вироку щодо ОСОБА_1.1 виключено посилання суду на позбавлення її права обіймати посади, пов'язані з обслуговуванням товарно-матеріальних цінностей.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1.1 змінено, виключено з них рішення про призначення їй за частиною першою статті 366 КК (у редакції від 5 квітня 2001 року) додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати посади, пов'язані з виконанням розпорядчо-владних функцій, строком на один рік шість місяців, а на підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених частиною першою статті 366 КК, частиною першою статті 368 КК визначено остаточне покарання у виді штрафу у розмірі 8 500 грн. з позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням розпорядчо-владних функцій, строком на два роки.

У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України заступник Генерального прокурора України просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року щодо ОСОБА_1.1 у зв'язку з неоднаковим застосуванням судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, і направити справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

При цьому прокурор вказує на неоднакове застосування судом касаційної інстанції як частини першої статті 366 КК, так і частини першої статті 368 КК.

Неоднакове застосування частини першої статті 366 КК прокурор обґрунтовує положенням частини другої статті 5 КК про те, що закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі. Він зазначає, що редакція частини першої статті 366 КК в аспекті посилення кримінальної відповідальності, зокрема збільшення розміру штрафу, змінювалась декілька разів. Так, Законом від 11 червня 2009 року № 1508-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон № 1508-VI), який набрав чинності 18 липня 2009 року та введений в дію 1 січня 2011 року, одночасно з введенням в дію Законів № 1506-VI «Про засади запобігання та протидії корупції» та № 1507-VI «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», розмір штрафу, передбачений частиною першою статті 366 КК, був збільшений з 50 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. В подальшому, Законом від 21 грудня 2010 року № 2808-VI (далі Закон № 2808 – VI) «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції», який набрав чинності 5 січня 2011 року, був скасований Закон № 1508-VI.

7 квітня 2011 року був прийнятий Закон № 3207-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон № 3207-VI), який набрав чинності 1 липня

2011 року і згідно з яким розмір основного покарання у виді штрафу за частиною першою статті 366 КК був збільшений з 50 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Аналіз зазначених законів, на думку прокурора, дає підстави стверджувати, що в період з 5 січня 2011 року до 1 липня 2011 року частина перша статті 366 КК діяла в редакції Закону від 5 квітня 2001 року. Як встановив суд, ОСОБА_1.1 вчинила службове підроблення 19 квітня 2011 року, тобто у той період, коли діяла редакція Закону від 5 квітня 2001 року, за змістом якої максимальний розмір основного покарання у виді штрафу становив п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (850 гривень), а тому, як зазначає прокурор, призначення ОСОБА_1.1 за частиною першою статті 366 КК основного покарання у виді штрафу у розмірі 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 3 400 грн., є незаконним.

На підтвердження неоднакового застосування судом касаційної інстанції кримінального закону прокурор посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 березня 2013 року щодо Особа - 1, з якої вбачається, що засуджений вчинив службове підроблення в березні 2011 року. Враховуючи зазначене, касаційна інстанція дійшла висновку, що до нього має бути застосована частина перша статті 366 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року, а тому змінила рішення судів першої та апеляційної інстанцій та призначила за частиною першою статті 366 КК основне покарання у виді штрафу в розмірі п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить вісімсот п'ятдесят гривень.

На обґрунтування неоднакового застосування кримінального закону, а саме частини першої статті 368 КК, прокурор посилається на положення частини першої статті 5 КК про те, що закон про кримінальну відповідальність, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим способом поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі. Як зазначає прокурор, Законом № 3207-VI, який набрав чинності 1 липня 2011 року, КК було доповнено статтею 368-3, частиною третьою якої встановлено відповідальність спеціального суб'єкта – службової особи юридичної особи приватного права за одержання неправомірної вигоди. З матеріалів справи вбачається, що ОСОБА_1.1., будучи головою сільськогосподарського ІНФОРМАЦІЯ_2 з приватною формою власності, здійснювала функції з організації та управління товариством і підпорядкованими працівниками, тобто, на думку прокурора, була службовою особою юридичної особи приватного права. Порівнюючи санкцію частини першої статті 368 КК (у редакції Закону від 5 квітня 2001 року), за якою засуджено ОСОБА_1.1, із санкцією частини третьої статті 368-3 КК (у редакції Закону від 7 квітня 2011 року), прокурор вважає, що новий закон пом'якшує кримінальну відповідальність, зокрема, щодо службових осіб юридичної особи приватного права, а тому кваліфікація дій ОСОБА_1.1 за частиною першою статті 368 КК є неправильною.

На підтвердження неоднакового застосування судом касаційної інстанції кримінального закону прокурор посилається на ухвалу колегії суддів судової

палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 квітня 2013 року щодо Особа – 1, згідно з якою дії засудженого, який, будучи директором ІНФОРМАЦІЯ_3 приватної форми власності, 4 серпня 2008 року отримав хабар у розмірі 80 000 грн, перекваліфіковані з частини другої статті 368 КК на частину третю статті 368-3 КК (у редакції Закону від 7 квітня 2011 року).

На підставі наведеного прокурор просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Заслухавши суддю-доповідача, пояснення прокурора про необхідність задоволення заяви, перевіривши матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговоривши доводи заяви, судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшли висновку, що заява прокурора підлягає задоволенню з огляду на таке.

Обговоривши питання наявності підстав для перегляду ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року за умовами та в порядку, передбаченими пунктом 1 частини першої статті 400-12 КПК 1960 року, колегія суддів Судової палати Верховного Суду України встановила, що суспільно небезпечні діяння, щодо яких касаційним судом постановлені оскаржувана ухвала та ухвали, що додані для порівняння, є подібними, а одні й ті самі норми кримінального закону щодо цих діянь застосовані неоднаково і це потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Предметом перегляду цієї справи є неоднакова позиція суду касаційної інстанції щодо чинності закону про кримінальну відповідальність у часі та його зворотної дії.

Як відомо, темпоральна (часова) дія кримінального закону забезпечується єдністю двох принципів – ультраактивності та ретроактивності. Так, за загальним правилом, злочинність і караність, а також інші кримінально – правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння (частина друга статті 4 КК) – принцип ультраактивності дії кримінального закону. Втім, якщо закон про кримінальну відповідальність скасовує злочинність діяння, пом’якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, то він має зворотну дію у часі (частина перша статті 5 КК) – принцип ретроактивності дії кримінального закону.

До набрання чинності Законом № 3207-VI відповідальність службових осіб за отримання хабара була передбачена статтею 368 КК, яка охоплювала діяння будь-яких службових осіб – як юридичних осіб публічного права, так і юридичних осіб приватного права. Змінами кримінального закону, що відбулися у зв’язку із набранням чинності вказаним Законом, законодавець виокремив самостійні склади злочинів, які вчиняються службовими особами юридичних осіб, залежно від порядку їх створення, зокрема визначив

відповідальність спеціального суб'єкта – службової особи юридичної особи приватного права за одержання неправомірної вигоди.

Визначення неправомірної вигоди міститься у примітці до статті 364-1 КК.

Визначення службової особи юридичної особи приватного права закон не наводить, а тому його зміст встановлюється шляхом системного аналізу норм, передбачених частинами третьою і четвертою статті 18 КК та пунктами 1 і 2 примітки до статті 364 КК. З цього аналізу випливає, що службовими особами юридичної особи приватного права є такі особи, які обіймають в юридичних особах приватного права посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконують такі функції за спеціальним законом.

Порівняння санкції частини першої статті 368 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року з санкцією частини третьої статті 368-3 КК у редакції Закону від 7 квітня 2011 року свідчить, що новий закон пом'якшує кримінальну відповідальність, а отже, відповідно до вимог частини першої статті 5 КК має зворотну дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання цим законом чинності.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1.1 встановлено, що вона, будучи головою сільськогосподарського ІНФОРМАЦІЯ_2 з приватною формою власності, 19 квітня 2011 року одержала від ОСОБА_2 700 грн. за видачу йому завідомо неправдивої довідки про доходи.

Наведені обставини свідчать, що ОСОБА_1.1 здійснювала функції з організації та управління товариством і підпорядкованими працівниками, а отже, була службовою особою і відповідно до організаційно-правової форми очолюване нею товариство належить до юридичної особи приватного права.

Незважаючи на вказане, дії ОСОБА_1.1 кваліфіковані судом першої інстанції, з висновком якої погодилися й суди апеляційної та касаційної інстанцій, за частиною першої статті 368 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року як одержання хабара, хоча на момент розгляду справи в суді першої інстанції вже набрала чинності стаття 368-3 КК України, якою встановлена відповідальність спеціального суб'єкта – службової особи юридичної особи приватного права за одержання неправомірної вигоди, яка і підлягала застосуванню.

На підставі частини другої статті 5 КК закон про кримінальну відповідальність, що встановлює злочинність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

Редакція частини першої статті 366 КК в аспекті посилення кримінальної відповідальності, зокрема збільшення розміру штрафу, змінювалась декілька разів. Так, Законом № 1508-VI розмір штрафу, передбачений частиною першою статті 366 КК був збільшений з 50 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. В подальшому Законом № 2808-VI був скасований Закон № 1508-VI. 7 квітня 2011 року був прийнятий Закон № 3207-VI згідно з яким розмір основного покарання у виді штрафу за частиною першою статті 366 КК був збільшений з 50 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Аналіз зазначених змін до редакції частини першої статті 366 КК свідчить, що в період з 5 січня 2011 року до 1 липня 2011 року частина перша статті 366 КК діяла у редакції Закону від 5 квітня 2001 року.

Як встановив суд, ОСОБА_1.1 вчинила службове підроблення 19 квітня 2011 року, тобто в той період, коли діяла частина перша статті 366 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року, за змістом якої максимальний розмір основного покарання у виді штрафу становив п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто 850 грн.

Наведене свідчить про те, що призначення судом першої інстанції, на що не звернув уваги і суд касаційної інстанції, ОСОБА_1.1 за частиною першою статті 366 КК основного покарання у виді штрафу у розмірі двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 3 400 грн., суперечить принципу дії закону про кримінальну відповідальність у часі, зокрема положенням частини другої статті 4 і частини другою статті 5 КК.

За аналогічних обставин такі ж суспільно небезпечні діяння отримали іншу кримінально – правову оцінку касаційного суду.

Так, у судовому рішенні, наданому для порівняння, касаційний суд, перекваліфіковуючи дії особи з частини другої статті 368 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року на частину третю статті 368-3 КК у редакції Закону від 7 квітня 2011 року, дійшов висновку, що до засудженого має бути застосований новий закон, оскільки він пом'якшує кримінальну відповідальність, а отже, має зворотну дію в часі.

В іншому порівнюваному рішенні суд касаційної інстанції застосував до засудженого, який вчинив службове підроблення в березні 2011 року, частину першу статті 366 КК у редакції Закону від 5 квітня 2001 року та зменшив розмір штрафу з 4 000 грн. до 850 грн., посилаючись на те, що закон, який посилює кримінальну відповідальність, не має зворотної дії в часі.

Зазначене свідчить про неправильність висновків суду касаційної інстанції і вказує на незаконність оскаржуваної ухвали касаційного суду.

Враховуючи те, що відповідно до положень норм процесуального закону, якими регламентується порядок перегляду справ Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового рішення, для постановлення якого необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено, ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року щодо ОСОБА_1.1 підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400-12, 400-20, 400-21, 400-23 Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 червня 2013 року щодо ОСОБА_1.1 скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 6 червня 2013 року у справі № 5-11кс13

(рішення про неправильну кваліфікацію дій службової особи юридичної особи приватного права за ч. 2 ст. 368[3] КК)

Погодившись із фактичними підставами кваліфікації дій винуватої як одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, вчинене групою осіб, касаційний суд мав би кваліфікувати їх за частиною третьою статті 368[3] КК, або ж за частиною четвертою статті 368[3] КК, які передбачають відповідальність за вчинення цих дій. Натомість суд кваліфікував вчинений злочин за частиною другою статті 368[3] КК, якою передбачена відповідальність за пропозицію, надання або передачу службовою особою юридичної особи приватного права неправомірної вигоди. Отже, суд інкримінував особі діяння, якого вона не вчиняла.

(Витяг)

Вироком Центрального районного суду м. Сімферополя від 20 липня 2011 року засуджено:

ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, за частиною другою статті 368 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк п’ять років із позбавленням права обіймати посади, пов’язані з керівництвом на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форм власності, які займаються реалізацією майна за судовими рішеннями, строком на три роки; частиною першою статті 366 КК до обмеження волі на строк один рік, на підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк п’ять років із позбавленням права обіймати посади, пов’язані з керівництвом на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форм власності, які займаються реалізацією майна за судовими рішеннями, строком на три роки. На підставі статті 79 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування покарання з випробуванням із іспитовим строком на один рік із покладенням обов’язків, передбачених статтею 76 КК;

ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_2 за частиною п’ятою статті 27, частиною другою статті 368 КК до позбавлення волі на строк шість років із конфіскацією

всього майна, яке є його власністю; частиною другою статті 358 КК до позбавлення волі на строк один рік; частиною третьою статті 358 КК до обмеження волі на строк один рік; частиною першою статті 190 КК до обмеження волі на строк два роки, на підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк шість років з конфіскацією всього майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 визнано винною в тому, що вона як директор ІНФОРМАЦІЯ_3 12 вересня та 14 жовтня 2010 року за попередньою змовою із ОСОБА_2 вимагали та отримали двома частинами хабар від ОСОБА_3 у розмірі 7 тисяч доларів США.

ОСОБА_1 як службова особа – директор ІНФОРМАЦІЯ_4 без проведення відповідних аукціонів із реалізації майна за судовими рішеннями у період із 29 листопада 2007 року по 7 квітня 2008 року підписала та затвердила печаткою цього підприємства протоколи про проведення аукціонів із реалізації майна.

ОСОБА_2 визнано винним у тому, що він у період з 29 жовтня 2009 року по 30 липня 2010 року з метою одержання на Кримській митниці товарно-матеріальних цінностей на загальну суму 212 тисяч 982 грн, вніс у довіреності ІНФОРМАЦІЯ_3 завідомо неправдиві відомості про те, що він є начальником відділу реалізації цього підприємства та підписав їх. На підставі цих довіреностей на Кримській митниці одержав від представника митниці товарно-матеріальні цінності на суму 212 тисяч 982 грн.

На початку жовтня 2010 року ОСОБА_2 в офісі ІНФОРМАЦІЯ_3 шляхом обману одержав від ОСОБА_4 незаконну винагороду на суму 13 тисяч 110 грн за проведення публічних торгів з реалізації трикімнатної квартири та за виграш у публічних торгах із реалізації цього майна.

Апеляційний суд Автономної Республіки Крим ухвалою від 27 вересня 2011 року вирок щодо ОСОБА_2 залишив без змін. ОСОБА_1 вирок не оскаржувала.

Судова палата у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 22 листопада 2012 року судові рішення щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 змінила:

перекваліфікувала дії ОСОБА_1 з частини другої статті 368 КК на частину другу статті 368^3 КК та призначила покарання – позбавлення волі на строк чотири роки; з частини першої статті 366 КК на частину першу статті 358 КК із призначенням покарання – арешту на строк шість місяців. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів визначила ОСОБА_1остаточне покарання – позбавлення волі на строк чотири роки. Із застосуванням статті 79 КК звільнила від відбування покарання та поклала обов'язки, передбачені статтею 76 КК;

перекваліфікувала дії ОСОБА_2 з частини п'ятої статті 27 і частини другої статті 368 КК на частину п'яту статті 27 і частину другу статті 368^3 КК та призначила йому покарання – позбавлення волі на строк чотири роки. На підставі статті 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених частиною п'ятою статті 27, частиною другою статті 368^3, частиною другою статті 358 КК, частиною третьою статті 358 та частиною першою статті 190 КК, визначила ОСОБА_2 остаточне покарання – позбавлення волі на строк чотири роки.

У решті судові рішення залишені без змін.

Ухвалою (додатковою) колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 лютого 2013 року покарання, призначене ОСОБА_1 та ОСОБА_2, приведено у відповідність до санкції частини другої статті 368^3 КК у редакції від 15 листопада 2011 року.

Резолютивна частина ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 року щодо ОСОБА_2 та ОСОБА_1 викладена у такій редакції (дослівно): «Касаційну скаргу засудженого ОСОБА_2 залишено без задоволення. Вирок Центрального районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 20 липня 2011 року і ухвалу Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 27 вересня 2011 року щодо ОСОБА_2 та ОСОБА_1 в порядку статті 395 Кримінально-процесуального кодексу України змінено.

Перекваліфіковані дії ОСОБА_1: із частини другої статті 368 КК на частину другу статті 368^3 КК та призначено штраф у розмірі 51000 грн; із частини першої статті 366 КК на частину першу статті 358 КК та призначено обмеження волі на строк один рік. На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених частиною другою статті 368^3 КК та частиною першою статті 358 КК, ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – обмеження волі на строк один рік. На підставі статті 79 КК її звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком до досягнення дитиною семи років та на підставі статті 76 КК зобов'язано повідомляти кримінально-виконавчу інспекцію про зміну місця проживання та роботи;

перекваліфіковано дії ОСОБА_2: з частини п'ятої статті 27, частини другої статті 368 КК на частину п'яту статті 27, частину другу статті 368^3 КК та призначено штраф у розмірі 51000 грн. На підставі частини першої статті 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених частиною п'ятою статті 27, частиною другою статті 368^3, частиною другою статті 358, частиною третьою статті 358 та частиною першою статті 190 КК, ОСОБА_2 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк один рік. У решті судові рішення залишені без змін».

У заяві про перегляд судового рішення прокурор порушує питання про скасування ухвал колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 року та 5 лютого 2013 року щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 і направлення справи на новий касаційний розгляд. На думку прокурора, суд касаційної інстанції допустив помилку, коли перекваліфіковував дії засуджених із статті 368 КК на статтю 368^3 КК, безпідставно зазначив, що ОСОБА_1 не є суб'єктом злочину, передбаченого статтею 366 КК, внаслідок чого неправильно перекваліфікував її дії з частини першої цієї статті на частину першу статті 358 КК, а також застосував положення статтей про покарання усупереч їх змісту. Прокурор стверджує, що правові висновки суду касаційної інстанції в судовому рішенні щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 відрізняються від правових висновків, яких касаційний суд дійшов у правозастосуванні щодо подібних суспільно

небезпечних діянь, і таким чином допустив неоднакове застосування однієї й тієї самої норми кримінального закону.

Прокурор, обгрунтовуючи свою незгоду у перекваліфікації дій ОСОБА_1 та ОСОБА_2 із статті 368 КК на статтю 368^3 КК, посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 квітня 2012 року щодо ОСОБА_5, дії якого за обставин, подібних до суспільно небезпечного діяння, інкримінованого ОСОБА_1 та ОСОБА_2, були оцінені інакше: перекваліфіковані з частини другої статті 368 КК на частину третю статті 368^3 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року). У цій справі касаційний суд керувався Законом України від 7 квітня 2011 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» № 3207-VI, яким КК доповнено статтею 368^3КК, частина третя якої передбачала відповідальність за одержання службовою особою юридичної особи приватного права неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто передає чи надає таку вигоду. Встановивши, що ОСОБА_5 є службовою особою юридичної особи приватного права, і, зважаючи на його статус та характер учинених ним дій, суд кваліфікував його дії як одержання незаконної винагороди.

У справі щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 суспільно небезпечні діяння подібні до діяння, учиненого ОСОБА_5, були оцінені як давання неправомірної вигоди, у зв'язку з цим неправильно кваліфіковані щодо ОСОБА_1 за частиною другою статті 368^3 КК, а щодо ОСОБА_2 за частиною п'ятою статті 27 і частиною другою статті 368^3 КК.

На підтвердження позиції щодо неправильної перекваліфікації дій ОСОБА_1 із частини першої статті 366 КК на частину першу статті 358 КК прокурор посилається на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 січня 2013 року, в якій суд касаційної інстанції за подібних обставин погодився з вироком Чорнухинського районного суду Полтавської області від 21 червня 2012 року щодо ОСОБА_6 в частині кваліфікації його дій за статтею 366 КК.

Прокурор також зазначає, що суд усупереч вимогам частини третьої статті 60 КК, частини третьої статті 61 КК призначив ОСОБА_1 покарання – арешт, а потім додатковою ухвалою замінив його на обмеження волі, які унеможливлювали призначення цих видів покарання, – наявність дитини віком до семи років.

Як на приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції положень статей 60 та 61 КК прокурор послався на ухвали суду касаційної інстанції щодо ОСОБА_7 (ухвала від 19 лютого 2013 року) та ОСОБА_8 (ухвала від 24 січня 2013 року). У цих справах касаційний суд визнав неправильним застосування до засуджених покарань у виді штрафу та обмеження волі, оскільки не врахував обставин, встановлених законом, які унеможливлюють призначення цих видів покарань, з огляду на соціальний

статус засуджених – наявність двох неповнолітніх дітей в одної із засуджених та стан вагітності іншої.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, прокурора, який порушував питання про задоволення заяви, перевірила матеріали справи, обговорила доводи, зазначені в заяві й дійшла висновку про таке.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані ОСОБА_1 та ОСОБА_2, у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечного діяння, яке надане для порівняння, дають підстави для висновку, що суд касаційної інстанції в оспореному рішенні неправильно застосував положення закону і таким чином при перекваліфікації дій ОСОБА_1 та ОСОБА_2 із статті 368 КК на статтю 368^3 КК неоднаково застосував одну й ту саму норму закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь.

Погодившись із фактичними підставами кваліфікації дій ОСОБА_1 як одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, вчинене групою осіб, касаційний суд мав би кваліфікувати їх за частиною третьою статті 368^3 КК, або ж за частиною четвертою статті 368^3 КК, які передбачають відповідальність за вчинення цих дій. Натомість суд застосував до ОСОБА_1 положення частини другої статті 368^3 КК, якою передбачено відповідальність за пропозицію, надання або передачу службовою особою юридичної особи приватного права неправомірної вигоди. Тобто поставив їй за провину діяння, якого вона не вчиняла.

У рішенні, наданому для порівняння, за фактичних обставин, які подібні до обставин, інкримінованих ОСОБА_1, дії засудженого ОСОБА_5 були кваліфіковані відповідно до положень закону, які передбачають відповідальність за їх учинення.

Зазначені судження про правозастосування щодо ОСОБА_1 стосуються і кваліфікації дій ОСОБА_2, із урахуванням форми співучасті та фактично виконаних ним злочинних дій.

Не погоджуючись із перекваліфікацією дій ОСОБА_1 з частини першої статті 366 КК на частину другу статті 358 КК, судова палата Верховного Суду України звертає увагу на те, що з цього приводу вже висловлювала правову позицію (постанова від 30 травня 2013 року, справа № 5-17 кс 13 щодо ОСОБА_9), відповідно до якої суб'єктом службового підроблення визнається і службова особа юридичної особи приватного права, незважаючи на те, що визначення «службова особа», яке дається до примітки до статті 364 КК, не стосується суб'єкта злочину, передбаченого статтею 366 КК. Підтвердженням неправильного застосування кримінального закону щодо службового підроблення, вчиненого ОСОБА_1, а звідси і неоднакового застосування однієї й тієї норми слід визнати рішення касаційного суду від 24 січня 2013 року щодо ОСОБА_6, в якому фактичні обставини суспільно небезпечного діяння, подібні до обставин, інкримінованих ОСОБА_1, правильно кваліфіковані за статтею 366 КК.

Під час вирішення питання про призначення покарання ОСОБА_1 суд неправильно застосував правила частини третьої статті 60 і частини третьої

статті 61 КК. Відповідно до положень цих норм закону до вагітних жінок, жінок, які мають дітей до семи років (частина третя статті 60 КК) та віком до чотирнадцяти років (частина третя статті 61 КК) арешт та обмеження волі не застосовуються. Усупереч приписам цих норм та практиці їх застосування, яка відповідає точному змісту цих норм (наприклад, надані для порівняння ухвали від 19 лютого 2013 року щодо ОСОБА_7 та від 24 січня 2013 року щодо ОСОБА_8), касаційний суд застосував до ОСОБА_1 положення цих норм.

Під час перегляду справи, окрім зазначених вище порушень норм матеріального закону, звертає на себе увагу прийняття процесуальних рішень, які вимушено викликають необхідність скасування рішень касаційного суду. Йдеться про ухвалення судом додаткової ухвали, якою фактично поза встановленою процесуальним законом процедурою ревізується (повторно переглядається) рішення касаційного суду. Такі дії є неприпустимими.

Враховуючи викладене, ухвала касаційного суду та додаткова ухвала не можуть залишатися в силі, а тому підлягають скасуванню з направленням справи на новий касаційний розгляд, який належить провести відповідно до вимог закону.

Під час нового касаційного розгляду слід правильно застосувати норму закону про кримінальну відповідальність з огляду на те, що під час правозастосування до ОСОБА_1 та ОСОБА_2 положень статті 368^{3} КК, суд крім того, що неправильно застосував частину цієї статті, також неправильно визначив її редакцію. Таке порушення призвело до призначення не того виду та розміру покарань.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{21}, 400^{22} КПК 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити.

Ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 року та 5 лютого 2013 року щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

16. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Висновки Верховного Суду України щодо застосування норм кримінального права, викладені у його постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень

Постанова Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України
від 24 жовтня 2013 року у справі № 5-34кс13
(*рішення про неправильну кваліфікацію дій службової особи, яка посягає на правовідносини у сфері правосуддя, за сукупністю злочинів, передбачених статтями 374, 364 КК*)

Якщо службова особа, визначення поняття якої наведено у статті 18 КК і у примітці статті 364 КК (під яке підпадають слідчий, прокурор чи суддя), зловживає службовим становищем і посягає на правовідносини у сфері правосуддя, які охороняються низкою самостійних норм кримінального закону, то таке зловживання має розцінюватись як один із різновидів посягання на правосуддя і кваліфікуватися за однією з відповідних статей, що передбачають відповідальність за такі злочини. Зазначене зловживання не потребує окремої кваліфікації за статтею 364 КК. Винятки можуть бути в тому разі, якщо зазначений суб'єкт злочину, окрім злочину проти правосуддя, вчиняє інше діяння, що охоплюється диспозицією статті 364 КК, і утворює реальну сукупність злочинів.

У контексті конкретних обставин даної справи слід зазначити, що касаційний суд у своєму рішенні фактично визнав, що діяння, які утворюють склад злочину – порушення права на захист, одночасно можуть бути наслідками зловживання службовим становищем. Такі висновки суду є неприпустимими.

(Витяг)

Вироком Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 28 травня 2012 року ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, громадянина України, такого, що не має судимості, засуджено: за частиною третьою статті 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки, з конфіскацією всього майна, яке є його власністю; за частиною першою статті 366 КК – до обмеження волі на строк один рік з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки; за частиною першою статті 374 КК – до арешту на строк шість місяців з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки.

На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки, з конфіскацією майна, яке є його власністю.

ОСОБА_1 позбавлено спеціального звання – лейтенант міліції.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з встановленням іспитового строку три роки та покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2, 3 частини першої статті 76 КК.

ОСОБА_1 визнано винуватим у тому, що він як слідчий СВ Костянтинівського РВ ГУМВС України в Донецькій області в період з 27 жовтня по 30 листопада 2010 року під час проведення досудового слідства у кримінальній справі № 39-86 про обвинувачення ОСОБА_3 за частиною третьою статті 296 КК склав постанову про притягнення як обвинуваченого і протокол про ознайомлення з матеріалами справи, підробив у них підпис захисника ОСОБА_4 і виконав процесуальні дії без участі цього захисника.

Ці дії суд розцінив як зловживання службовим становищем працівником правоохоронного органу, що виявилося у грубому порушенні права обвинуваченого на захист, а факт складання процесуальних документів – як службове підроблення.

Апеляційний суд Донецької області ухвалою від 10 серпня 2012 року вирок щодо ОСОБА_1 змінив та ухвалив вважати його засудженим за частиною третьою статті 364 КК із застосуванням статті 77 КК, частини другої статті 69 КК до позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки, без конфіскації майна; за частиною першою статті 366 КК – до обмеження волі на строк один рік з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки; за частиною першою статті 374 КК – до арешту на строк шість місяців з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки. На підставі статті 70 КК ОСОБА_1 визначено остаточне покарання – позбавлення волі на строк п'ять років з позбавленням права обіймати посади у правоохоронних органах на строк три роки, без конфіскації майна. ОСОБА_1 позбавлено спеціального звання – лейтенант міліції.

На підставі статті 75 КК ОСОБА_1 звільнено від відбування основного покарання з випробуванням з встановленням іспитового строку три роки та покладенням на нього обов'язків, передбачених пунктами 2, 3 частини першої статті 76 КК.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 6 червня 2013 року судові рішення щодо ОСОБА_1 залишила без змін.

У заяві засуджений ОСОБА_1 порушує питання про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 червня 2013 року з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

Обґрунтовуючи свої вимоги, ОСОБА_1 зазначає, що оскільки його визнано винуватим за частиною першою статті 374 КК, яка є спеціальною

нормою по відношенню до статті 364 КК і за правилами кваліфікації має перевагу перед останньою. Засуджений вважає, що в його діях відсутній і склад злочину, передбачений частиною першою статті 366 КК.

Як на приклад неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь ОСОБА_1 посилається на ухвали Верховного Суду України від 5 жовтня 2006 року та від 25 березня і 27 травня 2008 року.

На думку ОСОБА_1, фактичні обставини та кримінально – правова оцінка в судових рішеннях, наданих для порівняння, подібні до фактичних обставин діяння, яке було йому інкриміноване, але отримали кримінально – правову оцінку, відмінну від оцінки, сформульованій в оспореному ним рішенні. Зокрема, в ухвалах Верховного Суду України від 5 жовтня 2006 року та від 27 березня 2008 року аналогічні обставини були кваліфіковані лише за частиною першою статті 366 КК і не кваліфікувались за частиною третьою статті 364 КК. Понад те в ухвалі від 5 жовтня 2006 року діяння частини третьої статті 364 КК не було визнано злочинним і ОСОБА_2, якій воно інкримінувалося, була виправдана за відсутністю в діях складу цього злочину.

На обґрунтування своїх доводів засуджений також надав копію ухвали Верховного Суду України від 25 березня 2008 року, яка, на його думку, підтверджує неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, оскільки фактичні обставини суспільно небезпечних діянь у цих справах різні.

ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 червня 2013 року, а справу – направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, пояснення прокурора про залишення заяви без задоволення, перевірила матеріали кримінальної справи та матеріали, додані до заяви, обговорила викладені в заяві доводи та висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку, що заява підлягає задоволенню частково з огляду на таке.

Наявність підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 р.), зумовлює необхідність перегляду ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 червня 2013 року.

Відповідь на порушені у заяві питання щодо неоднакового застосування однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність, а відтак рішення про необхідність втручання чи невтручання в оспорене судове рішення залежить від висновку про правильність застосування норми закону про кримінальну відповідальність. Правильне застосування норми закону передбачає встановлення і юридичне закріплення точної відповідності між ознаками вчиненого діяння і ознаками складу злочину, передбаченого кримінально – правовою нормою.

Фактичні підстави кваліфікації, встановлені судами першої й апеляційної інстанцій, фактично отримали схвалення в рішенні суду касаційної інстанції.

Однією із стадій кримінально – правової кваліфікації є вибір правової норми, яка підлягає застосуванню. Ця стадія включає в себе етапи впорядкування (систематизацію, градацію) зібраних фактичних даних; попередньої правової оцінки; розмежування складів діянь та вибору правової норми, яка підлягає застосуванню.

Наступною стадією кваліфікації є встановлення відповідності між ознаками діяння і нормою. На цій стадії, зокрема вирішуються (можуть вирішуватися) питання подолання конкуренції норм закону про кримінальну відповідальність. Одним із видів конкуренції в кримінальному праві є конкуренція статей, які передбачають загальну та спеціальну норми. За такої конкуренції одна з них (яка передбачає загальну норму) охоплює визначене коло діянь, а інша (спеціальна норма) – частину цього кола, тобто різновиди діянь, передбачених загальною нормою. У спеціальній нормі мають бути всі ознаки загальної норми, тоді як спеціальна норма має містити і свої специфічні ознаки, які виділяють її із загальної норми. При цьому слід виходити з того, що співвідношення (зіставлення) двох складів злочинів як загального і спеціального можливе за таких умов: 1) обидва склади злочинів є або матеріальними, або формальними; 2) при виключенні (умовному) із КК спеціального складу злочину, передбачені ним дії повністю охоплюватимуться об'єктивною стороною загального складу, за винятком тих дій, які додатково були передбачені у спеціальному складі, як його додаткові ознаки. Такі дії або вважатимуться декриміналізованими, або ж повинні визнаватися ознаками іншого складу злочину.

Відсутність ознак співвідношення виключає конкуренцію правових норм і необхідність її подолання. Тоді за певних обставин виникають питання кваліфікації сукупності злочинів чи їх суміжність.

Суспільно небезпечне діяння, поставлене за провину ОСОБА_1, було розцінене як таке, що містить три склади злочинів, передбачених частиною третьою статті 364, частиною першою статті 374 і частиною третьою статті 366 КК.

Злочин, передбачений статтею 374 КК, є злочином з формальним складом. Об'єктом цього злочину є нормальна законна діяльність, зокрема, слідчого під час здійснення ним процесуальних повноважень щодо забезпечення інтересів правосуддя. Слідчий як спеціальний суб'єкт цього злочину підпадає під поняття службова особа, визначення якого дається в статті 18 КК і примітці до статті 364 КК. Як представник влади він, виходячи з його правового становища, може виконувати інші функції, що входять до кола його повноважень. Проте, виходячи з конститутивних положень частини першої статті 374 КК, ця норма закону охороняє інтереси правосуддя не від усіх дій суб'єкта цього злочину, а тільки виключно окремі, специфічні діяння, взяті нею під її охорону, - право на захист підозрюваного, обвинуваченого.

Натомість злочин, передбачений частиною першою статті 364 КК, є злочином з матеріальним складом, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони

якого є наслідки у виді заподіяння істотної шкоди об’єктам кримінально-правової охорони, зазначеним у диспозиції частини першої статті 364 КК. Об’єктом цього злочину є нормальна діяльність органів державної влади та органів самоврядування. Цією нормою закону охороняються правовідносини у сфері службової діяльності, за винятком тих, які підпадають під охорону інших норм закону про кримінальну відповідальність (наприклад, група злочинів проти правосуддя, передбачених статтями 371 – 374 КК).

Зіставлення (порівняння) норм, передбачених частиною першою статті 374 КК і частиною першою статті 364 КК (основний склад) та частиною третьої тієї ж статті (кваліфікований склад), дає підстави для висновку про те, що за змістом та видовими ознаками (особливо, якщо припустити, що діяння, передбачене частиною першою статті 374 КК, відсутнє в цьому Кодексі), ці норми права не співвідносяться між собою як загальна і спеціальна. Діяння, передбачене частиною першою статті 374 КК, – це один із різновидів службового зловживання, що містить окрему, самостійну кримінально – правову заборону на вчинення дій, визначених цією нормою, а саме: не допускати чи не надавати своєчасно захисника, а також іншим чином грубо порушувати права підозрюваного, обвинуваченого на захист.

Стаття 364 КК не встановлює кримінальної відповідальності за вчинення цих дій, оскільки склад цього злочину передбачає настання наслідків та причиновий зв'язок між цими наслідками та діями службової особи. Тоді як частина перша статті 374 КК таких наслідків не передбачає і криміналізує діяння, передбачені її диспозицією.

У зв’язку з цим не можна погодитися із твердженням, викладеним у заяві про наявність конкуренції між зазначеними нормами права. Водночас викладені доводи в заяві щодо неправильного застосування частини третьої статті 364 КК слід визнати слушними. Інкримінованe засудженому діяння повністю охоплюється диспозицією частини першої статті 374 КК, а тому не потребує окремої (додаткової) кваліфікації ще й за частиною третьою статті 364 КК. Кваліфікація як зловживання службовим становищем була б прийнятною, якщо би слідчий, окрім діяння, передбаченого частиною першою статті 374 КК, вчинив інше діяння, яке не підпадає під ознаки диспозиції цієї статті (наприклад, вдався до незаконних методів слідства).

У контексті конкретних обставин даної справи слід зазначити, що касаційний суд у своєму рішенні фактично визнав, що діяння, які утворюють склад злочину – порушення права на захист, одночасно можуть бути наслідками зловживання службовим становищем. Такі висновки суду є неприпустимими.

Аналіз зазначених норм права в аспекті фактичних обставин справи дає підстави зробити висновок, що коли службова особа, визначення якої дається в статті 18 КК і у примітці до статті 364 КК (під яке підпадає слідчий, прокурор чи суддя), зловживає службовим становищем і посягає на правовідносини в сфері правосуддя, які охороняються групою самостійних норм закону про кримінальну відповідальність, то таке зловживання має розцінюватись як один із різновидів посягання на правосуддя і кваліфікуватися за однією з відповідних

статей за такі злочини. Зазначене зловживання не потребує окремої кваліфікації за статтею 364 КК. Винятки можуть бути в тому разі, коли зазначений суб'єкт злочину, окрім злочину проти правосуддя, вчиняє інше діяння, що охоплюється диспозицією статті 364 КК, і утворює реальну сукупність злочинів.

Висновок касаційного суду у рішенні, наданому для порівняння, відповідає зазначеній правовій позиції і водночас ілюструє неоднаковість у правозастосуванні. Оскільки оспорене рішення щодо ОСОБА_1 в частині кваліфікації його дій за частиною третьою статті 364 КК, як встановив Верховний Суд України, є незаконним і суперечить сталій практиці застосування цієї норми, воно підлягає скасуванню. Скасування цього рішення і приведення його у відповідність до правової позиції Верховного Суду України, забезпечить однаковість у правозастосуванні.

Верховний Суд України не може погодитись із викладеними у заяві доводами про неправильність кваліфікації дій засудженого за частиною першою статті 366 КК. Правозастосовна практика виробила сталу правову позицію, що випливає із нормативного розуміння положень статті 366 КК, про те, що у разі вчинення певних дій, пов'язаних із використанням службових повноважень і поєднаних із службовим підробленням, як правило утворюють сукупність злочинів. Оскільки засудженому інкриміновано злочин проти правосуддя, який не передбачає відповідальності за службове підроблення, а факт такого підроблення мав місце, то ці дії й отримали окрему кваліфікацію за частиною першою статті 366 КК.

Посилання автора заяви на правову позицію Верховного Суду України щодо цього злочину є некоректним, оскільки в їх основі лежить неправильна інтерпретація цих висновків. У рішеннях, щодо яких висловлена правова позиція Верховного Суду України, йшлося не про відсутність службового підроблення взагалі, а про неправильне застосування кваліфікуючої ознаки цього діяння – спричинення тяжких наслідків у сукупності з іншими злочинами, що також передбачали тяжкі наслідки. Верховний Суд України зазначив, що вчинення службового підроблення в сукупності з іншим злочином утворюють їх сукупність.

Відповідно до положень норм процесуального закону, якими регламентується порядок перегляду справ Верховним Судом України, за результатами такого перегляду Верховний Суд України фактично законодавчо позбавлений можливості ухвалення нового (остаточного) рішення, для постановлення якого необхідне втручання не тільки в рішення суду касаційної інстанції, перегляд якого дозволений законом, але і втручання в судові рішення судів нижчої ланки, перегляд яких законом обмежено, ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справи від 6 червня 2013 року щодо ОСОБА_1 підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

Під час нового касаційного розгляду справи, який належить провести відповідно до вимог закону, мають бути усунуті зазначене неправильне

застосування норми закону про кримінальну відповідальність та розглянуті доводи щодо правильності призначення покарання за сукупністю злочинів, позбавлення засудженого спеціального звання.

Керуючись пунктом 15 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, статтями 400^{12}, 400^{20}, 400^{21}, 400^{22} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

Заяву ОСОБА_1 задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 червня 2013 року щодо ОСОБА_1 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 400^{12} Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року.

Головуючий

Судді

Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 20 листопада 2014 року у справі № 5-24кс14

(рішення про правильну кваліфікацію постановлення суддею завідомо неправосудного рішення)

Постановлення завідомо неправосудного судового акта, що карається за статтею 375 КК, є спеціальним видом службового зловживання у сфері здійснення правосуддя, суб'єкт якого (суддя) умисно, з будь-яких мотивів, усвідомлено і цілеспрямовано використовує своє службове становище всупереч інтересам правосуддя.

Поняття «неправосудне судове рішення» у поєднанні з вказівкою на «завідомість» його постановлення підкреслює цілеспрямований характер злочинних дій судді, його свідоме прагнення та бажання всупереч матеріальному чи процесуальному закону і (або) фактичним обставинам, встановленим у справі, постановити судове рішення, яке за своєю суттю не може бути і не є актом правосуддя. Суд касаційної інстанції правильно застосував норму закону про кримінальну відповідальність, тому відсутні підстави для втручання в оспорене рішення.

(Витяг)

Вироком Голосіївського районного суду м. Києва від 10 жовтня 2013 року Кулініченка Геннадія Володимировича, 5 квітня 1970 року народження, такого, що не має судимості, засуджено за частиною першою статті 375 КК України (далі КК) до обмеження волі на строк два роки. На підставі статті 75 КК Кулініченка Г.В. звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком один рік із покладенням на нього обов'язку повідомляти

кримінально-виконавчу інспекцію про зміну місця проживання та роботи.

Кулініченка Г.В. визнано винним у тому, що він як суддя Обухівського районного суду Київської області 3 квітня 2009 року постановив завідомо неправосудне рішення у цивільній справі за позовом Повстюк І.М., Морозової Т.В., Нечипоренка М.І., Янушека В.Є., Сержанюк І.І., Штуя П.Д., Довженка О.А., Бурмаки С.А. та Органюк Н.О. до Обухівської районної державної адміністрації та Київської обласної державної адміністрації про визнання недійсним їх рішень та зобов'язав першу розглянути і погодити, а другу – розглянути і затвердити проекти землеустрою щодо припинення права постійного користування земельними ділянками ДП «Київське лісове господарство», переведення цих земельних ділянок із категорії земель лісогосподарського призначення до категорії земель сільськогосподарського призначення та передачу земельних ділянок у власність позивачам.

В порядку виконання цього рішення суду Обухівська районна та Київська обласна державні адміністрації постановили відповідні розпорядження «Про вилучення, зміну цільового призначення та передачу у власність громадянам земельних ділянок», внаслідок чого було припинено право постійного користування земельною ділянкою ДП «Київське лісове господарство», а земельні ділянки площею по 0,99 га були передані кожному із позивачів для ведення особистого селянського господарства.

Апеляційний суд Київської області ухвалою від 23 червня 2010 року рішення Обухівського районного суду залишив без змін.

Верховний Суд України ухвалою від 30 березня 2011 року скасував зазначені рішення судів першої та апеляційної інстанцій з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону, а справу направив на новий судовий розгляд.

Обухівський районний суд Київської області ухвалою від 17 серпня 2011 року провадження у справі закрив на підставі пункту 1 частини першої статті 205 ЦПК України, оскільки справа не підлягала розгляду в суді в порядку цивільного судочинства.

17 листопада 2010 року суддя Кулініченко Г.В. постановив ще одне неправосудне рішення у цивільній справі № 2-2154/10 за позовом Кравченка М.Я. до Обухівської міської ради про визнання права власності на земельні ділянки, що знаходяться за адресами: вул. Каштанова, 32, 3-В, 8, 9 та на території промвузла у м. Обухові Київської області. Цим рішенням було скасовано державну реєстрацію державних актів на право постійного користування зазначеними земельними ділянками серії ІІ-КВ № 003871 від 19 листопада 1997 року; серії ІІ-КВ № 001028 від 9 квітня 1998 року; серії ІІ-КВ № 001028 від 9 квітня 1998 року; серії І-КВ № 002620 від 20 жовтня 1997 року; серії І-КВ № 002620 від 20 жовтня 1997 року.

Колегія суддів судової палати в цивільних справах Апеляційного суду Київської області ухвалою від 5 травня 2011 рішення Обухівського районного суду Київської області від 17 листопада 2010 року скасувала та постановила нове рішення про відмову в задоволенні позову Кравченка М.Я. до Обухівської

міської ради про визнання права власності на земельні ділянки.

При ухваленні цього рішення суддя Кулініченко Г.В. порушив виключну компетенцію органів місцевого самоврядування на здійснення права власності від імені українського народу на землю у зв'язку з відсутністю рішень про передачу земельних ділянок у власність, протиправно, в порушення вимог статті 213 Цивільного процесуального кодексу, статті 377 Цивільного кодексу України та статей 120, 123, 152 Земельного кодексу України, визнав право власності за Кравченком М.Я. на ці земельні ділянки у місті Обухові та незаконно, в порушення вимог статей 142-144 Земельного кодексу України, скасував державну реєстрацію державних актів на право постійного користування попередніми користувачами.

Апеляційний суд м. Києва ухвалою від 14 січня 2014 року вирок щодо Кулініченка Г.В. залишив без змін.

Колегія суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ ухвалою від 10 червня 2014 року вирок суду першої та ухвалу апеляційної інстанцій щодо Кулініченка Г.В. залишила без змін.

У заяві засуджений Кулініченко Г.В. стверджує про неоднакове застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень.

На думку заявника, суд касаційної інстанції неправильно застосував частину першу статті 375 КК, що потягло необґрунтоване засудження його за цим законом. Стверджує, що при ухваленні судових рішень в обох цивільних справах він діяв добросовісно і вважав, що спори вирішував законно, опираючись на судову практику.

На обґрунтування вимог щодо неоднаковості у правозастосуванні, Кулініченко Г.В. послався на ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2013 року, у якій суд касаційної інстанції за подібних фактичних обставин залишив без зміни виправдувальний вирок суду щодо особи, яка обвинувачувалась у вчиненні злочину, передбаченого частиною першою статті 375 КК України. Такі ж висновки касаційного суду, на його думку, містяться в ухвалах від 17 березня 2011 року, 11 червня 2013 року, 6 березня 2014 року.

У заяві Кулініченко Г.В. зазначає, що відповідно до частини другої статті 32 КПК України кримінальне провадження щодо обвинувачення судді у вчиненні кримінального правопорушення не може здійснюватись тим судом, у якому обвинувачений обіймає або обіймав посаду судді, якщо згідно з частиною першою цієї статті кримінальне провадження здійснює суд, найбільш територіально наближений до суду, в якому обвинувачений обіймає посаду судді, іншої адміністративно-територіальної одиниці, а згідно з частиною третьою статті 34 КПК України – питання про направлення кримінального провадження з одного суду до іншого в межах різних апеляційних судів вирішується колегією суддів судової палати у кримінальних справах Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ за поданням суду апеляційної інстанції, клопотанням сторін чи потерпілого, але після надходження кримінального провадження до суду за правилами територіальної підсудності. Така позиція Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ висловлена в ухвалах від 10 квітня 2013 року, 13 лютого 2014 року та 11 березня 2014 року. На час надходження матеріалів справи щодо нього до Голосіївського районного суду м. Києва він працював суддею Обухівського районного суду Київської області і справа відносно нього, відповідно до частини першої статті 32 КПК України, до Обухівського районного суду Київської області не надходила, а була направлена до Голосіївського районного суду м. Києва, що свідчить про відсутність ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про визначення підсудності у справі щодо нього.

З цих підстав засуджений Кулініченко Г.В. просить скасувати ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 червня 2014 року, а справу направити на новий касаційний розгляд.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України заслухала суддю-доповідача, прокурора, який просив відмовити у задоволенні заяви засудженого за відсутністю підстав, передбачених статтею 445 КПК України, перевірила матеріали справи, проаналізувала висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, обговорила доводи заяви і дійшла висновку про наступне.

Порівняльний аналіз фактичних обставин суспільно небезпечного діяння, передбаченого частиною першою статті 375 КК, за вчинення якого засуджено Кулініченка Г.В., із фактичними обставинами діяння, щодо якого висловлена (виражена) правова позиція касаційного суду в ухвалі від 28 лютого 2013 року, дають підстави для висновку про їх подібність за об'єктивними та суб'єктивними ознаками; водночас вони отримали різну правову оцінку.

Неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно-небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, зумовлює перегляд судового рішення Верховним Судом України (далі – Суд).

Предметом перегляду у справі є неоднакова правова позиція суду касаційної інстанції щодо правозастосування норми статті 375 КК про кримінальну відповідальність за постановлення суддею завідомо неправосудного рішення.

Постановлення завідомо неправосудного судового акту, відповідальність за яке передбачена статтею 375 КК, є спеціальним видом службового зловживання в галузі здійснення правосуддя, суб'єкт якого (суддя) умисно з будь-яких мотивів свідомо і цілеспрямовано використовує своє службове становище всупереч інтересам правосуддя.

Лексико-граматичне та логічне тлумачення дає змогу визначити три складові, що містяться у диспозиції частини першої статті 375 КК, які характеризують об'єктивні і суб'єктивні ознаки злочину:

а) вирок чи інше рішення суду є неправосудним;

б) це неправосудне рішення суддею (суддями) постановляється;

в) неправосудність судового рішення має бути завідомою.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 375 КК, характеризується прямим умислом: суддя достовірно знає, переконаний в тому, що діє всупереч вимогам закону і справедливості.

Вчинене діяння кваліфікується за статтею 375 КК незалежно від того: 1) яка судова інстанція постановила цей акт (суд першої, апеляційної чи касаційної інстанції); 2) яка галузева приналежність розглянутої судом справи (кримінальна, цивільна, адміністративна, господарська) 3) яким складом суду було постановлено судовий акт – судом колегіально чи суддею одноосібно.

Поняття «неправосудне судове рішення» у поєднанні з вказівкою на «завідомість» його постановлення підкреслює цілеспрямований характер злочинних дій судді, його свідоме прагнення та бажання всупереч матеріальному чи процесуальному закону і (або) фактичним обставинам, встановленим у справі, постановити судове рішення, яке за своєю суттю не може бути і не є актом правосуддя.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого статтею 375 КК, полягає лише в активній поведінці особи – дії. Діяння належить до злочину з формальним складом, оскільки вичерпується фактом вчинення певних дій - постановлення неправосудного судового акту і припускають: а) складання відповідного процессуального документу; б) підписання його суддею (суддями); в) проголошення судового акту (доведення його змісту до відома учасників процесу). Злочин визнається закінченим з моменту проголошення постановленого судового акту незалежно від часу набуття законної сили та наслідків, які спричинені.

Фактичну основу діяння, інкримінованого Кулініченку Г.В. за провину, підтверджують дані про те, що він, обіймаючи посаду судді Обухівського районного суду при постановленні цих рішень:

- достеменно знав, що приймав до розгляду цивільний позов від громадян, права яких не були порушені;

- був обізнаний, що, відповідно до розпорядження КМУ №610-р від 10 квітня 2008 року «Про деякі питання розпорядження земельними лісовими ділянками», зупинено прийняття рішень про надання згоди на вилучення ділянок, їх передачу у власність та оренду із зміною цільового призначення;

- свідомо проігнорував вимоги закону щодо залучення до провадження осіб, прав та інтересів яких стосується порушений спір, не залучив до участі у цивільній справі ДП «Київське лісове господарство» і позицію цього підприємства не з'ясував та не врахував;

- знав, що Київська ОДА та Обухівська РДА не вирішували питання про припинення права користування спірною земельною ділянкою з ДП «Київське лісове господарство»;

- проігнорував встановлене Законом право державних адміністрацій самостійно вирішувати питання щодо надання земельних ділянок;

- здійснив судове провадження без будь-яких на те підстав, що стало

підставою для закриття справи після скасування ухваленого ним рішення;

Наведені фактичні обставини давали підстави суду касаційної інстанції вважати, що після одержання для розгляду позовних заяв Кулініченко Г.В. достеменно знав, не міг не знати, що провадження у цій справі він розпочав безпідставно, справа за своєю правовою природою не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства. Кулініченко Г.В. усвідомлював і розумів правові наслідки скасування державної реєстрації державних актів на право постійного користування на земельні ділянки, зміни користувачів земельних ділянок та постановлення рішення щодо права власності у незаконний спосіб.

Кулініченко Г.В. свідомо бажав, всупереч матеріальному і процесуальному законам та фактичним обставинам справ, постановити судові рішення, які за своєю суттю не могли бути і не були актами правосуддя.

Установлені у справі ознаки складу злочину співпадають з ознаками складу злочину, передбаченого частиною першою статті 375 КК, тому суд касаційної інстанції зробив висновок про правильність застосування щодо дій Кулініченка Г.В. цієї норми закону.

У рішенні касаційного суду від 28 лютого 2013 року, яке надано для порівняння, суд касаційної інстанції погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про виправдання ОСОБА_1 за частиною першою статті 375 КК України за відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого частиною першою статті 375 КК України.

Фактичні обставини вчинення суспільно небезпечних діянь в оспореному рішенні і в порівнюваному рішенні є подібними, але отримали неоднакову кримінально-правову оцінку. З'ясування обґрунтованості правового висновку суду касаційної інстанції в порівнюваному рішенні, відповідно до статті 444 КПК та пункту 1 частини першої статті 445 Кримінального процесуального кодексу України, перебуває за межами предмету перегляду, тому Суд позбавлений можливості висловити свою позицію щодо законності та обґрунтованості такого рішення.

На обґрунтування неоднаковості у правозастосуванні Кулініченко Г.В. посилається також на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 червня 2013 року щодо ОСОБА_5.

Суд вважає, що сформульований у цьому рішенні висновок касаційного суду не свідчить про неоднакове застосування одних і тих самих норм закону України про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно-небезпечних діянь, оскільки у цьому рішенні касаційний суд перекваліфікував дії ОСОБА_5 з частини другої на частину першу статті 375 КК України і визнав її винною у вчиненні цього злочину.

Посилання засудженого Кулініченка Г.В. на висновки касаційного суду, висловлені в ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 березня 2011 року та від 6 березня 2014 року на підтвердження неоднаковості у правозастосуванні, є необґрунтованими, оскільки за цими судовими рішеннями вироки судів щодо певних осіб були скасовані з направленням справ на новий судовий розгляд у суди відповідних інстанцій, тобто вони за своїм юридичним значенням не є

остаточними і не містять висновків про правильне чи неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність.

Висновки суду касаційної інстанції, висловлені в ухвалах від 10 квітня 2013 року, 13 лютого 2014 року та 11 березня 2014 року, на які посилається заявник Кулініченко Г.В., не можуть бути прикладами неоднаковості у правозастосуванні, оскільки у цих рішеннях суд визначав підсудність справ, тобто ухвалював рішення процесуального характеру, а перевірка доводів заяви про порушення вимог кримінального процесуального закону під час визначення підсудності справи щодо нього перебуває за межами законодавчо визначених повноважень Верховного Суду України.

Правова оцінка фактичної та юридичної підстав кваліфікації діянь, які інкриміновані Кулініченку Г.В., у зіставленні з правовою оцінкою суспільно небезпечних діянь в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 лютого 2013 року, наданому для порівняння, дає підстави для висновку, що суд касаційної інстанції правильно застосував норму закону про кримінальну відповідальність Кулініченка Г.В., тому відсутні підстави для втручання в оспорене рішення.

Керуючись статтями 445, 454, 456 Кримінального процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

ухвалила:

відмовити у задоволенні заяви засудженого Кулініченка Геннадія Володимировича про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 червня 2014 року щодо нього.

Ухвала є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини першої статті 445 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 квітня 2012 року у справі № 5-1кс12

(рішення про неправильну кваліфікацію дій як ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, ухилення засудженим від відбування виправних робіт, призначених постановою суду в порядку ст. 82 КК)

За змістом частини 2 статті 389 Кримінального кодексу України суб'єктом цього злочину може бути лише особа, засуджена до громадських чи виправних робіт, тобто така, якій одне з цих покарань було призначено вироком суду, а не та, яка відбуває це покарання на підставі інших судових рішень. На користь такого висновку свідчать і положення частини 5 статті 52 Кримінального кодексу України, відповідно до яких кримінальна відповідальність за ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (статті 389, 390 цього Кодексу), настає за умови, що таке

покарання призначено вироком суду.

Залишаючи без зміни судові рішення щодо особи, засудженої за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України за ухилення від відбування виправних робіт, призначених йому в порядку заміни невідбутої частини покарання більш м'яким (стаття 82 Кримінального кодексу України), касаційний суд ухвалив помилкове рішення.

(Витяг)

Вироком Київського районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 13 січня 2011 року

ОСОБА_11, ІНФОРМАЦІЯ_1 року народження, уродженця ІНФОРМАЦІЯ_2, мешканця ІНФОРМАЦІЯ_3, громадянина України, раніше неодноразово судимого, останнього разу 7 травня 2007 року за частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки, невідбуту частину якого 4 березня 2009 року замінено більш м'яким покаранням у виді виправних робіт на строк один рік десять місяців і вісім днів з відрахуванням 20% із суми заробітку в доход держави, засуджено:

за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України до покарання у виді обмеження волі на строк один рік;

за частиною 2 статті 190 Кримінального кодексу України до покарання у виді позбавлення волі на строк два роки.

На підставі статті 70 Кримінального кодексу України за сукупністю злочинів ОСОБА_11 призначено покарання у виді позбавлення волі на строк два роки.

На підставі статей 71, 72, частини 6 статті 82 Кримінального кодексу України до призначеного покарання частково приєднано невідбуте покарання за постановою Залізничного районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 4 березня 2009 року та визначено ОСОБА_11 остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк два роки три місяці.

Згідно з вироком ОСОБА_11, будучи засудженим вироком Київського районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 7 травня 2007 року за частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки, невідбуту частину якого постановою Залізничного районного суду м. Сімферополя від 4 березня 2009 року було замінено йому виправними роботами на один рік десять місяців і вісім днів з відрахуванням 20% із суми заробітку в доход держави, ухилився від відбування цього покарання, а саме в період з 1 серпня 2009 року по 27 серпня 2009 року не вийшов без поважних причин на роботу в ІНФОРМАЦІЯ_4, де з 30 квітня 2009 року працював контролером, і тому був звільнений з роботи на підставі пункту 4 частини 1 статті 40 Кодексу законів про працю України за прогули.

Крім того, 24 листопада 2009 року в ІНФОРМАЦІЯ_5 ОСОБА_11 шляхом шахрайства заволодів грошима в сумі 700 грн., що належали ОСОБА_2.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах

Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 15 березня 2011 року вирок щодо ОСОБА_11 залишено без зміни.

На зазначені вирок та ухвалу прокурором було подано касаційну скаргу, в якій він порушував питання про скасування їх у частині засудження ОСОБА_11 за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України і закриття кримінальної справи щодо нього у цій частині.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 вересня 2011 року вирок та ухвалу щодо ОСОБА_11 залишено без зміни.

У заяві про перегляд вищевказаної ухвали касаційного суду заступник Генерального прокурора України зазначає, що суб'єктом злочину, передбаченого частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України, може бути, зокрема, особа, яка була засуджена до покарання у виді виправних робіт вироком суду, а не та, якій таке покарання було призначено постановою суду у порядку заміни невідбутої частини покарання у виді обмеження або позбавлення волі більш м'яким покаранням на підставі статті 82 Кримінального кодексу України.

На обґрунтування заяви заступником Генерального прокурора України надано копію ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 2 липня 2009 року щодо ОСОБА_1, раніше судимого 30 липня 2004 року за частиною 2 статті 146, частиною 1 статті 309, частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України на чотири роки позбавлення волі, невідбуту частину з яких постановою суду від 6 квітня 2006 року було замінено виправними роботами на один рік одинадцять місяців і двадцять днів з відрахуванням 20% із суми заробітку в доход держави. Вироком Петровського районного суду м. Донецька від 18 листопада 2008 року ОСОБА_1 було засуджено за сукупністю злочинів, передбачених частиною 2 статті 389, частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України. Судом, зокрема, було визнано, що ОСОБА_1 ухилився від відбування призначених йому виправних робіт, оскільки працював на приватному підприємстві лише з травня 2006 року по червень 2006 року, після чого звільнився з роботи без дозволу кримінально-виконавчої інспекції і тривалий час не працевлаштовувався без поважних причин, а з 21 серпня 2006 року по 12 січня 2007 року працював у ІНФОРМАЦІЯ_6, звідки був звільнений за систематичні порушення трудової дисципліни. Своєю ухвалою суд касаційної інстанції цей вирок щодо ОСОБА_1 змінив, на підставі пункту 2 частини 1 статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України рішення суду про засудження його за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України скасував, а справу в цій частині закрив за відсутністю в діях ОСОБА_1 складу злочину та постановив вважати останнього засудженим лише за частиною 2 статті 186 Кримінального кодексу України.

Заступник Генерального прокурора України вважає, що суд касаційної інстанції неоднаково застосував одні й ті самі норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення в аналогічних справах.

З цих підстав заступник Генерального прокурора України просить Верховний Суд України ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 вересня 2011 року щодо ОСОБА_11 скасувати і постановити своє рішення, яким провадження у кримінальній справі щодо нього за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України закрити на підставі пункту 2 частини 1 статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України.

Ухвалою колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 грудня 2011 року кримінальну справу щодо ОСОБА_11 допущено до провадження Верховного Суду України.

Заслухавши доповідь судді-доповідача, пояснення начальника управління участі прокурорів Генеральної прокуратури України у перегляді судових рішень у кримінальних справах Курапова М.В., який підтримав заяву заступника Генерального прокурора України в даній справі частково і просив ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 вересня 2011 року щодо ОСОБА_11 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд, перевіривши матеріали справи, обговоривши викладені в заяві доводи та наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вважають, що заява підлягає частковому задоволенню з таких підстав.

Частина 2 статті 389 Кримінального кодексу України передбачає настання кримінальної відповідальності за ухилення від відбування громадських чи виправних робіт особою, засудженою до цього покарання.

Як встановлено судами, і ОСОБА_11, і ОСОБА_1 було засуджено за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України за ухилення від відбування виправних робіт, які було застосовано до них у порядку заміни покарання, призначеного кожному з них вироком.

Погоджуючись з судовими рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_11, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ виходив із того, що відповідно до вимог кримінального та кримінально-виконавчого законодавства України правовий статус осіб, засуджених до виправних робіт, та осіб, засуджених до позбавлення або обмеження волі, яким в установленому законом порядку невідбуту частину зазначеного покарання замінено виправними роботами, є однаковим, тому і наслідки ухилення їх від відбування цього покарання однакові. На думку касаційного суду, заміна покарання більш м’яким є похідним від засудження особи за вчинення злочину і визначення їй покарання, отже, обидві категорії осіб – як ті, яким виправні роботи призначено вироком суду, так і ті, яким їх призначено постановою суду на підставі статті 82 Кримінального кодексу України в порядку заміни на більш м’яке, є особами, засудженими до виправних робіт. Таким чином, у даній справі касаційний суд визнав, що після

заміни покарання статус ОСОБА_11 не змінився і він продовжував залишатися засудженою особою, якій лише замінена невідбута частина призначеного вироком суду покарання на більш м'яке.

У кримінальній справі щодо ОСОБА_1 суд касаційної інстанції прийняв протилежне рішення, а саме: визнавши, що згідно з диспозицією частини 2 статті 389 Кримінального кодексу України відповідальність за цим законом настає лише за умови, що виправні роботи, від яких ухилилася особа, було призначено їй вироком суду, касаційний суд вирок щодо ОСОБА_1 змінив, у частині засудження його за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України цей вирок скасував, а справу в цій частині закрив за відсутністю в його діях складу згаданого злочину.

Отже, суд касаційної інстанції неоднаково застосував одні й ті самі норми кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, внаслідок чого було ухвалено різні за змістом судові рішення в аналогічних справах.

Судді Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України вважають, що правильне рішення було прийнято касаційним судом у кримінальній справі щодо ОСОБА_1.

Так, відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу України засудженою особою вважається така, щодо якої винесено обвинувальний вирок. При цьому немає правових підстав ототожнювати особу, засуджену до відповідного покарання, та таку, яка відбуває покарання певного виду.

За змістом частини 2 статті 389 Кримінального кодексу України суб'єктом цього злочину може бути лише особа, засуджена до громадських чи виправних робіт, тобто така, якій одне з цих покарань було призначено вироком суду, а не та, яка відбуває це покарання на підставі інших судових рішень.

На користь такого висновку говорять і положення частини 5 статті 52 Кримінального кодексу України, відповідно до яких кримінальна відповідальність за ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (статті 389, 390 цього Кодексу), настає за умови, що таке покарання призначено вироком суду.

Стосовно позиції касаційного суду у справі щодо ОСОБА_11, то деяка спорідненість правового статусу осіб, яким покарання у виді виправних робіт призначено вироком суду, та осіб, яким таке покарання визначено для відбування у порядку заміни на більш м'яке іншого покарання, як однакові умови застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання у виді виправних робіт (стаття 81, частина 5 статті 82 Кримінального кодексу України), однакові правила обчислення і строки погашення судимості (частина 4 статті 90 Кримінального кодексу України), однакові наслідки вчинення нового злочину під час відбування цього покарання (частина 6 статті 82 Кримінального кодексу України), є недостатнім доводом для визнання осіб, яким це покарання було визначено в порядку заміни іншого покарання, суб'єктами злочину, передбаченого частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України. Права та обов'язки осіб, які відбувають таке покарання, стосуються змісту покарання, а не правових наслідків ухилення від нього. Такі правові наслідки регламентовані виключно частиною 5 статті 52 та статтею 389

Кримінального кодексу України. Що ж стосується положень частини 5 статті 46 Кримінально-виконавчого кодексу України щодо правових наслідків ухилення від відбування покарання у виді виправних робіт, то вони мають тлумачитися у зв'язку та узгоджено з нормами Кримінального кодексу України, оскільки лише останні встановлюють, які суспільно небезпечні діяння є злочинами і яке покарання за них передбачено. Самі по собі норми Кримінально-виконавчого кодексу України не дають підстав вважати, що будь-яка особа, яка відбуває покарання у виді виправних робіт, підлягає за ухилення від них відповідальності за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України.

Визнаючи винним ОСОБА_11, який ухилився від відбування виправних робіт, призначених йому постановою суду в порядку заміни на більш м'яке покарання у виді позбавлення волі, до якого його було засуджено вироком, касаційний суд вдався до застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. У даному випадку це полягає у покладенні кримінальної відповідальності за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України на особу, яка за її змістом нести відповідальність не повинна, оскільки вона (особа) прямо не названа у диспозиції зазначеної норми кримінального закону як суб'єкт цього злочину, хоч і має з ним дещо споріднений статус, про який ішлося вище. Таке застосування суперечить конституційному принципу верховенства права, і правовим орієнтиром тому є положення частини 4 статті 3 Кримінального кодексу України, відповідно до якої застосування кримінального закону за аналогією заборонено.

Отже, залишаючи без зміни судові рішення нижчестоящих судів щодо ОСОБА_11, засудженого за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України за ухилення від відбування виправних робіт, призначених йому в порядку заміни на більш м'яке іншого покарання, до якого його було засуджено, касаційний суд ухвалив помилкове рішення.

У заяві заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали касаційного суду щодо ОСОБА_11 порушується питання про її скасування та постановлення Верховним Судом України нового судового рішення і закриття даної кримінальної справи за частиною 2 статті 389 Кримінального кодексу України на підставі пункту 2 частини 1 статті 6 Кримінально-процесуального кодексу України. Прийняття такого рішення можливе лише за умови зміни судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_11, які оскаржуваною ухвалою касаційного суду було залишено без зміни. Проте за змістом пункту 1 частини 1 статті 400-12, частини 2 статті 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України Верховний Суд України може переглядати з підстави неоднакового застосування одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь лише судові рішення суду касаційної інстанції. Отже, прохання, викладене в заяві заступника Генерального прокурора України, виходить за межі повноважень Верховного Суду України, визначені кримінально-процесуальним законом.

Тому вищевказана заява підлягає частковому задоволенню, ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 вересня 2011 року

щодо ОСОБА_11 скасуванню, а справа направленню на новий касаційний розгляд.

Новий касаційний розгляд справи необхідно провести з дотриманням вимог чинного законодавства.

На підставі викладеного, керуючись статтями 400-20, 400-21, 400-22 Кримінально-процесуального кодексу України, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України

постановила:

заяву заступника Генерального прокурора України задовольнити частково.

Ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 29 вересня 2011 року щодо ОСОБА_11 скасувати, а справу направити на новий касаційний розгляд до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім як на підставі, передбаченій пунктом 2 частини 1 статті 400-12 Кримінально-процесуального кодексу України.

Головуючий

Судді

НАВЧАЛЬНЕ ВИДАННЯ

Укладач:
Горох Олексій Петрович – доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», кандидат юридичних наук, доцент, адвокат.

Практика застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України

За загальною редакцією
члена-кореспондента Національної академії правових наук України,
доктора юридичних наук, професора А. А. Музики

Підписано до друку 11.09.2017. Формат 70х100 1/16.
Друк цифровий. Папір офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Умовн. друк. арк. 74,25.

ТОВ « Видавництво “Центр учбової літератури”»
вул. Електриків, 23 м. Київ 04176

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
ДК № 4162 від 21.09.2011 р.