

Д. М. ХАРКО*Дмитро Михайлович Харко, здобувач Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки***ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ
ВІД ПІДБУРЮВАЧА ДО ЗЛОЧИНУ**

Питання відмежування виконавця злочину від інших співучасників набуває особливо важливого значення у випадку кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті. Специфіка такого відмежування полягає насамперед у тому, що в теорії кримінального права існують різні погляди на сутність співучасті у злочині, а також обумовлена складнощами, з якими стикаються практичні працівники у процесі кваліфікації таких злочинів.

У кримінально-правовій доктрині вивченню проблеми кримінальної відповідальності за співучасть у злочині та питанням відмежування виконавця злочину від інших співучасників приділяли увагу такі вчені-криміналісти, як Ф. Г. Бурчак, Г. І. Вольфман, П. І. Грішаєв, О. О. Дудоров, Г. П. Жаровська, О. О. Кваша, М. І. Ковальов, О. М. Костенко, П. А. Крігер, М. І. Мельник, І. І. Митрофанов, А. А. Піонтковський, В. С. Прохоров, М. С. Таганцев, П. Ф. Тельнов, А. Н. Трайнін, М. А. Шнайдер та інші. Однак питанню відмежування виконавця злочину від підбурювача до злочину у працях цих науковців належної уваги не приділяється. З'ясування критеріїв відмежування цих видів співучасті має важливе практичне значення, адже їх правильне встановлення впливає на вирішення питань, що стосуються кваліфікації злочинів та призначення покарання учасникам спільного злочину. Саме вирішення цих питань і є метою нашої статті.

Згідно зі ст. 29 КК України виконавець підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений ним злочин. У той час як організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною ст. 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем. А згідно з ч. 4 ст. 68 КК України при призначенні покарання співучасникам злочину суд, керуючись положеннями ст.ст. 65–67 цього Кодексу, враховує характер та ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину. Тобто, належне відмежування виконавця від підбурювача впливатиме як на кваліфікацію, так і на призначення покарання.

Насамперед зазначимо, що у КК України чітко визначаються види співучасників злочину, до яких законодавець відносить організатора злочину, виконавця (співвиконавця) злочину, підбурювача до злочину та пособника злочину. Слід зауважити, що вищеназвана норма кримінального законодавства України практично дублює норму ст. 17 Основ кримінального законодавства СРСР і союзних республік, яка, на думку Г. І. Вольфмана, завдяки чіткості визначення кожного виду співучасників гарантувала єдність підходу і точність застосування норм законодавства про співучасть у злочині на території усього колишнього СРСР¹. Передбачена законодавцем у ст. 27 КК України класифікація видів співучасників злочину ґрунтується на розподілі їх функціональних ролей, з урахуванням тих конкретних діянь, що їх вчиняють співучасники при спільному вчиненні злочину. Як вдало зауважив М. І. Мельник, роль кожного суб'єкта визначається його внеском у досягнення загального результату, характером виконуваних дій (бездіяльності), їх інтенсивності².

О. О. Кваша, виходячи з того, що різновиди співучасті відрізняються одне від одного притаманними їм об'єктивними та суб'єктивними ознаками, робить висновок про те, що кожен із видів співучасників характеризується об'єктивними та суб'єктивними ознаками, які й свідчать про ступінь їх суспільної небезпеки та дають змогу відмежувати співучасників один від одного³. При цьому цей науковець не відкидає основну, першочергову роль аналізу саме об'єктивних критеріїв. На думку О. О. Кваши, виходячи з того, що зовнішній прояв діяльності особи завжди встановлюється першим, закономірним є здійснення аналізу з розгляду саме об'єктивних показників. При цьому слід зазначити, що деякі з науковців, котрі розглядали проблеми співучасті, були більш категоричними в критеріях поділу співучасників на види. Ряд вчених (Кестлін, Гельшнер, Бар) акцентували увагу на т.зв. «інтересі в злочині», тобто принципі *cui prodest?*. Відповідно суб'єктивної концепції поділу співучасників головним у визначенні, наприклад, виконавця злочину, була заінтересованість учасника злочину в злочинному результаті незалежно від його особистого об'єктивного внеску в досягнення цього результату. Згідно з цією точкою зору виконавцем повинен вважатися той, хто має на меті свої власні інтереси в злочинному результаті. Інші співучасники можуть розглядатися тільки як пособники незалежно від їх об'єктивної ролі у вчиненні злочину⁴.

Загалом зауважимо, що традиційно в історії вітчизняного кримінального права за основу розмежування співучасників на види враховувався Ф. Г. Бурчак, П. І. Грішаєв, Г. А. Крігер, А. А. Піонтковський, М. С. Таганцев та інші дослідники. Дотримуються її й сучасні науковці. Так, на думку Г. П. Жаровської, спільна злочинна діяльність, як і будь-яка діяльність взагалі, є проявом соціальної взаємодії людей, негативну форму якій надає суспільна небезпека самої діяльності, її спрямованість проти охоронюваних за допомо-

гою кримінально-правового вето суспільних відносин. Дослідниця вважає, що в рамках криминогенно-правового аналізу діяльність кожної з осіб, які спільно вчиняють злочин, інтерпретуються лише в межах об'єктивної сторони складу злочину, за яким його дії класифікуються⁵.

Вкажемо на те, що об'єктивний критерій відмежування видів співучасників є більш «видимим» порівняно з суб'єктивним. Саме суспільно небезпечні діяння кожного співучасника злочину оцінюються насамперед під час кримінально-правової кваліфікації. А тому, на нашу думку, саме об'єктивний критерій є основним та буде використовуватися нами у процесі відмежування виконавця злочину від підбурювача до злочину.

У ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем визнається особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Проблеми визначення ролі підбурювача до злочину, а також питанням відмежування виконання злочину від підбурювання до злочину розглядалися науковцями періоду кінця XIX – початку XX століття. Так, Франц фон Ліст (Franz von Liszt), досліджуючи проблеми співучасті у злочині, визначав підбурювання (відповідно до чинного на той час німецького кримінального законодавства) як умисне ставлення іншої особи до умисно вчиненого караного діяння, злочин то, проступок або порушення⁶. На думку німецького дослідника, істотним для визначення підбурювання є умисне ставлення іншої особи до вчинюваного діяння, тобто формування в іншій особі рішучості вчинити злочин. Відтак, наслідок підбурювання полягає у виникненні рішення на вчинення злочину у винуватця (виконавця).

Російський дослідник М. С. Таганцев, вивчаючи проблеми розмежування співучасників, вважав, що підбурювачів або «інтелектуальних винуватців» (за термінологією цього вченого) характеризують абсолютно самостійні риси, що відрізняють їх від інших співучасників. Посилаючись на Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р., М. С. Таганцев називає дві ознаки, які характерні для підбурювача: негативна (неучасть у вчиненні злочину) і позитивна (втягнення іншого в участь у такому злочині). При цьому сам вчений вважає негативну ознаку непотрібною і хибною з тих міркувань, що підбурювач здатний у подальшому вчинити й інші дії, що можуть характеризувати його як пособника⁷. На нашу думку, такий підхід навряд чи можна назвати послідовним, оскільки в такому випадку окремі дії особи (умовляння, підкуп, погроза, примус) мають кваліфікуватися не як підбурювання до вчинення злочину, а, наприклад, як передача засобів вчинення злочину, тобто пособництво у злочині.

А. Н. Трайнін називав підбурювача «інтелектуальним» злочинцем. Цей вчений вважав, що основною відмінністю підбурювача від виконавця є те, що він перший штовхає іншого на злочин, намагаючись при цьому залишитися в стороні⁸. У свою чергу, М. А. Шнейдер визначав підбурювача як «ініціатора злочину». На думку цього вченого, основна відмінність підбурювача від виконавця полягає в тому, що підбурювач, хоч і посягає на охоронювані кримінальним законом інтереси, на відміну від виконавця не завдає безпосередньої шкоди об'єкту, хоча ця шкода заподіюється за його (підбурювача) ініціативою⁹. На нашу думку, така точка зору щонайменше спірна, оскільки риси так званого «ініціатора злочину» притаманні насамперед організатору злочину, а не підбурювачу, на що звертали увагу як вітчизняні, так і зарубіжні науковці. Зокрема, на природі ініціуючої ролі організатора злочину, вчиненого у співучасті, акцентувала увагу у своїх працях О. О. Кваша¹⁰.

Натомість Г. П. Жаровська визначає підбурювача як зовні малопомітну фігуру. На думку дослідниці, роль підбурювача слід розглядати як «закулісну співучасть», коли свою злочинну волю співучасник вчиняє руками інших осіб¹¹. Насамперед вкажемо на те, що з урахуванням характеру розвитку причинного зв'язку за співучасті у злочині дії підбурювача у часі завжди передують суспільно небезпечному діянню виконавця злочину. Про це свідчить насамперед формулювання підбурювача злочину в КК України. Згідно з ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Тобто, підбурювач до злочину вчиняє свої дії до моменту виконання об'єктивної сторони злочину виконавцем. Основна функціональна властивість підбурювача зводиться до того впливу, який він здійснює на інших осіб і який деформує волю тих чи інших осіб, перетворюючи їх на злочинців¹². Так, за вироком Київського районного суду м. Полтави особа-1 була засуджена за ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 366, ч. 1 ст. 190, ч. 3 ст. 358 КК України. За матеріалами кримінальної справи особа-1 обвинувачується в тому, що він з жовтня 2006 р., бажаючи незаконно встановити групу інвалідності, звернувся до голови спеціальної ОНКО МСЕК Полтавського обласного центру МСЕК з проханням встановити йому групу інвалідності з метою отримання пенсії. Після цього у співучасті із службовою особою відділу медико-соціальної експертизи спеціалізованої ОНКО МСЕК Полтавського обласного центру МСЕК, виконуючи роль підбурювача, шляхом підкупу вчинив службове підроблення шляхом внесення недостовірних даних до офіційних документів – акту огляду МСЕК, про проходження медико-соціальної експертизи та встановлення йому 2 групи інвалідності по онкологічному захворюванню¹³. Тобто, у цьому прикладі з правозастосовної практики чітко простежується взаємозв'язок дій підбурювача та виконавця злочину, за яких перші в часі передують другим: підкуп підбурювача → службове підроблення, вчинене виконавцем злочину.

Реалізуючи свою мету – схилити виконавця до вчинення злочину – підбурювач може використовувати цілий арсенал способів, приблизний перелік яких наводиться в ч. 4 ст. 27 КК України. Це умовляння, підкуп, погроза, примус або інший спосіб. Тобто, законодавець використав у цьому випадку прийом описання ознак за допомогою т.зв. відкритого переліку. Науковці відносять до інших способів підбурювання прохання, доручення, переконання, наказ, фізичне насильство, обман, пораду, обіцянка вигоди (підкуп, статевий зв'язок, просування по службі, інше покращення особистих відносин)¹⁴, заохочування, поставлення у тяжке матеріальне становище, розпалювання низьких почуттів (заздрощів, помсти тощо)¹⁵. Звісно, науковці не обмежені

в тому, що потрібно відносити до інших способів підбурювання до злочину. Однак вони принципового значення для кваліфікації не мають, оскільки не так важливо, які саме способи використовує підбурювач для того, щоб схилити виконавця до вчинення злочину.

Діяльність підбурювача до злочину, на відміну від виконавця злочину, лежить за межами початку виконання суспільно небезпечного діяння, які утворюють об'єктивну сторону злочину. Якби дії не вчиняв підбурювач, він має своєю метою викликати у виконавця злочину такі мотиви, які викликають в останнього рішучість вчинити злочин, зміцнити таку рішучість не дати їй «згаснути». У подальшому виконавець буде діяти самостійно відповідно до прийнятого рішення.

Певну специфіку при вирішенні питання про відмежування дій підбурювача та виконавця злочину має діяльність посереднього виконавця, який діє разом з організатором, підбурювачем або пособником. За своїм об'єктивним змістом діяльність цього виду виконавця злочину тотожна підбурюванню, оскільки характеризується тим, що особа використовує для вчинення злочину інших осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне (зокрема, неосудних осіб, осіб, які не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність тощо). Таке використання певних осіб наближене до традиційного підбурювання, оскільки вчиняється шляхом збудження рішучості вчинити відповідні дії або шляхом зміцнення рішучості, яка виникає в таких осіб.

На нашу думку, посереднього виконавця потрібно відмежовувати в цьому випадку від підбурювача за суб'єктивною стороною. Її специфіка полягає в тому, що посередній виконавець усвідомлює, що використовує особу, яка відповідно до закону не підлягає кримінальній відповідальності за скоєне, передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків (інтелектуальний елемент умислу) та бажає або свідомо припускає настання цих наслідків (вольовий елемент умислу). Водночас підбурювач до злочину діє з прямим умислом. При цьому він усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачає його суспільно небезпечні наслідки і бажає їх настання.

Отже, при відмежуванні виконавця злочину від підбурювача до злочину необхідно враховувати насамперед об'єктивний критерій, який зафіксований у кримінально-правових нормах та полягає у характері тих дій, які вчиняють відповідні співучасники злочину. При цьому необхідно пам'ятати, що дії підбурювача невичерпно описані у ч. 4 ст. 27 КК України, що дозволяє відносити до їх числа велику кількість інших дій, а також умовляння, підкуп, погрозу та примус (саме вони прямо передбачені законодавцем). Основна розмежувальна ознака між виконавцем та підбурювачем злочину полягає в тому, що відповідні підбурювальні дії у часі завжди передують суспільно небезпечному діянню виконавця злочину. Правильне відмежування виконавця злочину та підбурювача до злочину має важливе значення як під час кримінально-правової кваліфікації, так і під час призначення покарання.

¹ Предложения по проекту Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. «Советское государство и право», 1958. – № 12. – С. 112–113.

² Мельник М. Види співучасників за новим Кримінальним кодексом України // Право України. – 2001. – № 11. – С. 69.

³ Кваша О. О. Організатор злочину. Кримінально-правове та кримінологічне дослідження / О. О. Кваша. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2003. – С. 51.

⁴ Жаровська Г. П. Співучасть у злочині за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Жаровська Галина Петрівна. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2004. – С. 99.

⁵ Там само. – С. 100–101.

⁶ Францъ Фоль Листъ. Учебникъ уголовного права. Общая часть / Ф. ф.-Листъ. – М.: Товарищество типографіи А. И. Мамонтова, 1903. – С. 246.

⁷ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Общая часть: В 2 т. / 2-е изд. – СПб.: Б.И. 1902. – Т. 1. – С. 175.

⁸ Трайнин А. Н. Учение о соучастии / А. Н. Трайнин. – М.: Юриздат, 1941. – С. 100.

⁹ Шнейдер М. А. Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву / М. А. Шнейдер. – М., 1958. – С. 45.

¹⁰ Кваша О. О. Організатор злочину. Кримінально-правове та кримінологічне дослідження / О. О. Кваша. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2003. – С. 51–52.

¹¹ Жаровська Г. П. Вказана праця. – С. 146.

¹² Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність : монограф. / Кваша О. О. ; НАН України; Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. – С. 391 с.

¹³ Вирок Київського районного суду м. Полтави від 15 лютого 2010 року. Справа № 1-151/10 // Єдиний державний реєстр судових рішень: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8394089> – Заголовок з екрана.

¹⁴ Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – К.: Вища школа, 1969. – С. 155.

¹⁵ Шнейдер М. А. Там само. – С. 45.

Резюме

Харко Д. М. Окремі питання відмежування виконавця злочину від підбурювача до злочину.

У статті розглядаються проблеми відмежування виконавця злочину від підбурювача до злочину. Обґрунтовується точка зору, згідно з якою важливе значення мають об'єктивні ознаки відповідних видів співучасників. Доведено, що з урахуванням характеру розвитку причинного зв'язку за співучасті у злочині, дії підбурювача у часі завжди передують суспільно небезпечному діянню виконавця злочину. На основі законодавчого формулювання підбурювача до злочину у ч. 4 ст. 27 КК України констатовано, що підбурювач з метою схилити виконавця до вчинення злочину може використовувати умовляння, підкуп, погрозу, примус або інший спосіб. При цьому інший спосіб може полягати у вчиненні різноманітних дій, спрямованих на схилення

виконавця злочину до виконання суспільно небезпечних діянь. Проведено відмежування посереднього виконавця злочину, який використовує для вчинення злочину інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, та діє разом з організатором, підбурювачем або пособником.

Ключові слова: виконавець, підбурювач, співучасть у злочині, способи підбурювання, кваліфікація, призначення покарання.

Резюме

Харко Д. М. Отдельные вопросы отграничения исполнителя преступления от подстрекателя к преступлению.

В статье рассматриваются проблемы отграничения исполнителя преступления от подстрекателя к преступлению. Обосновывается точка зрения, что важное значение для этого имеют объективные признаки соответствующих видов соучастников. Доказано, что с учетом характера развития причинной связи при соучастии в преступлении, действия подстрекателя во времени всегда предшествуют общественно опасному деянию исполнителя преступления. На основе законодательного формулирования подстрекателя к преступлению в ч. 4 ст. 27 УК Украины констатировано, что подстрекатель с целью склонения исполнителя к совершению преступления может использовать уговоры, подкуп, угрозы, принуждение или другие способы. При этом другой способ может заключаться в совершении различных действий, направленных на склонение исполнителя преступления к совершению общественно опасных деяний. Проведено отграничение посредственного исполнителя преступления, который использует для совершения преступления других лиц, в соответствии с законом не подлежащих уголовной ответственности за содеянное, и действует вместе с организатором, подстрекателем или пособником.

Ключевые слова: исполнитель, подстрекатель, соучастие в преступлении, способы подстрекательства, квалификация, назначение наказания.

Summary

Harco D. Selected issues of delimitation of the perpetrator of the crime instigator.

The article deals with the problem of separating the perpetrator of the crime instigator. Substantiates the view that it was important to have objective evidence of the appropriate types of partners. It is proved that, given the nature of the development of causation complicity in the crime, the instigator of the action in time is always preceded by a socially dangerous act of the perpetrator. Formulation of legislative instigator to the crime in Part 4 of Art. 27 of the Criminal Code of Ukraine stated that the instigator with a view to persuade the Executive to commit a crime can use persuasion, bribery, threats, coercion or other means. While another method may be committing various actions to the decline of the perpetrator to perform socially dangerous acts. Conducted delimitation mediocre perpetrator who uses to commit the crime of others, in accordance with the law are not subject to criminal liability for their actions and acts together with the organizer, instigator or accomplice.

Key words: performer, instigator, complicity in the crime, methods of incitement, qualifications, sentencing.

Отримано 19.11.2013

УДК 343.137

I. В. ЧЕРНИЧЕНКО

Ірина Василівна Черниченко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ЗАСАД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ УКРАЇНИ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ

Впровадження і застосування інноваційних технологій, у тому числі й відеоконференції, має відповідати завданням і засадам кримінального провадження, гарантіям забезпечення прав його учасників. Питання про процесуальні засади використання відеоконференції виникло у зв'язку з ратифікацією Україною Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 р.. Статтею 9 цього документу передбачено, що держава погоджується забезпечити проведення допиту в режимі відеоконференції за умови, що це не суперечить основним принципам її законодавства¹. І хоча відеоконференція вже була предметом наукового аналізу таких вчених, як А. Г. Волеводз, П. В. Волосюк, Т. С. Гавриш, В. Т. Маляренко, М. І. Пашковський, А. С. Сизоненко, М. І. Смирнов та інших, на сьогодні відсутнє комплексне дослідження особливостей реалізації засад кримінального провадження, які мають безпосереднє відношення до специфіки застосування цієї технології. У зв'язку з цим необхідно детально їх окреслити.

У системі засад кримінального провадження розрізняють конституційні, які мають особливе політико-юридичне значення і передбачені ч. 3 ст. 129 Конституції України, та спеціальні, передусім закріплені у КПК України. М. М. Михеєнко, В. Т. Нор і В. П. Шибіко поділяють їх на організаційні, організаційно-функціональні та кримінально-процесуальні або функціональні².

І. С. Гриценко, М. А. Погорецький вважають за доцільне виділяти інституційні засади (визначають організацію судової системи); організаційно-функціональні (такі, що поєднують критерії організації і функ-