

О. О. КВАША

Оксана Олександрівна Кваша, доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «НЕОБХІДНА СПІВУЧАСТЬ» У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У сучасних умовах збільшується кількість злочинів, що можуть вчинятися лише як групові, коли об'єктивна сторона складу злочину вимагає діяльності двох і більше осіб. У кримінально-правовій літературі такі випадки часто називають «необхідною співучастю». У Кримінальному кодексі України таким чином можуть бути охарактеризовані, наприклад, створення злочинної організації – ст. 255, бандитизм – ст. 257, масові заворушення – стаття 294, групове порушення громадського порядку – ст. 293, втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність ст. 304 тощо. Водночас і окремі корупційні злочини можуть бути вчинені лише спільно двома або більше суб'єктами.

Проблемам співучасті у злочині свої наукові праці присвячували П. П. Андрушко, М. І. Бажанов, В. І. Борисов, Л. П. Брич, Р. Р. Галіакбаров, В. О. Глушков, П. І. Грішаєв, Н. О. Гуророва, О. О. Дудоров, Г. П. Жаровська, М. Г. Іванов, М. І. Ковальов, А. П. Козлов, О. М. Костенко, О. М. Литвак, М. І. Мельник, В. А. Мисливий, П. П. Михайленко, В. О. Навроцький, В. І. Осадчий, М. І. Панов, А. А. Піонтковський, М. С. Таганцев, В. Я. Тацій, П. Ф. Тельнов, В. П. Тихий, А. Н. Трайнін, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко, М. Д. Шаргородський, Н. М. Ярмиш, С. С. Яценко та інші. Водночас потребує наукового обґрунтування доцільність використання поняття необхідної співучасті у кримінальному праві, що і є метою даної статті.

У кримінально-правовій науці одним із перших використовує це поняття О. Ф. Кістяківський ще у 1981 році: «Теорія розрізняє два роди участі у злочині: а) участь необхідна, і б) участь випадкова, факультативна. Перший рід участі властивий деяким злочинам, які, за самою їх природою, є мислимыми і можливыми лише тоді, коли у вчиненні їх бере участь два суб'єкти»¹. До таких злочинів вчений відносив дуель, перелюбство, підкуп. Так само у 1912 році поняття «необхідна співучасть» щодо дуелі застосовував С. В. Познишев.² Також користувалися цим поняттям М. І. Ковальов та Р. Р. Галіакбаров. Останній вже у 1973 році у праці «Групповое преступление. Постоянные и переменные признаки» засвідчує, що спеціальні різновиди співучасті іноді в теорії називають необхідною співучастю. На думку вченого, законодавець в Особливій частині Кримінального кодексу сформулював склади, в яких перераховані прояви власне співучасті виступають у якості необхідних, конструктивних ознак конкретних складів³. Сучасні вітчизняні науковці переважно не використовують аналізоване поняття, вказуючи лише, що «ряд кримінально-правових норм сформульовано так, що саме створення організованої групи для вчинення певного злочину або сприяння діяльності такої групи є ознакою основного складу злочину (статті 255, 257, 258-3, 260, 392 й інші статті КК України)»⁴.

У ситуації необхідної співучасті потрібно вести мову про такі законодавчі конструкції в статтях Особливої частини КК України, коли поведінка осіб, які діють спільно, незалежно від виконуваної ролі – виконавця, організатора, підбурювача чи пособника, закріплюється як конститутивна ознака. Спільність як сутнісне ядро співучасті передбачає, що взаємодія і спільність дій співучасників унеможливають односторонній зв'язок між ними, який виключає навіть мінімальну змову на спільну злочинну діяльність (співучасть). Враховуючи законодавче розуміння співучасті, пропонуємо таке визначення *необхідної співучасті* – це спільна умисна участь декількох суб'єктів злочину, змова яких є обов'язковою для вчинення певного умисного злочину. Наголосимо на важливості категорії змови для розуміння співучасті. У багатьох країнах цей термін (або ж «кримінальна змова») використовується законодавцем замість поняття «співучасть», наприклад у США, Англії⁵. Окремі вчені розрізняють поняття співучасті й змови, пропонуючи використовувати теоретичні положення, які не отримали значного поширення у правовій системі, доктрин, що обумовлюють установлення кримінальної відповідальності за спільну злочинну діяльність кількох осіб, зокрема доктрини «змови»⁶. Доктрина змови може слугувати теоретичним обґрунтуванням необхідної співучасті у таких складах злочинів, як створення злочинної організації (ст. 255), бандитизм (ст. 257), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258-3), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ст. 260). Тому, коли йдеться про необхідну співучасть, то підвищена суспільна небезпечність таких дій врахована законодавцем під час конструювання основного складу злочину.

До прикладів обов'язкової спільної діяльності за участю спеціального суб'єкта слід віднести окремі корупційні злочини. Згідно чинній редакції статей 368, 369 КК України йдеться про надання неправомірної вигоди і одержання неправомірної вигоди (до 18.04.2013 року – «хабарництво»). О. А. Герцензон отримання

і давання хабара вже у 1948 році називав необхідною співучастю⁷. Давання хабара визначалось особливим випадком співучасті в одержанні хабара, виділений законодавцем в окремий склад злочину з огляду на важливість і необхідність такої співучасті (О. Б. Сахаров, О. Я. Светлов, Б. В. Волженкін). І сучасні українські вчені притримуються такої позиції: «одержання хабара неможливе без його давання і навпаки»⁸. Також вітчизняні вчені, підсумовуючи наукові позиції, узагальнюють три підходи до розуміння зв'язку складів «давання»–«одержання» хабара: 1) як самостійні злочини; 2) як складний двосторонній єдиний злочин; 3) як злочини, які утворюють необхідну співучасть⁹. На наш погляд, два останні підходи є ідентичними. Єдиний двосторонній злочин, що не може бути вчинений однією особою, і є проявом необхідної співучасті.

Специфіка надання-одержання неправомірної вигоди (хабарництва) в сенсі необхідної співучасті обумовлена тим, що йдеться не про один склад злочину, а принаймні – про два взаємопов'язаних. Враховуючи взаємопов'язаність, нерозривність цих злочинів, та пристосовуючи нечинне поняття «хабарництво» до статей 368, 369 КК України слід застосувати поняття «надання-одержання неправомірної вигоди» (на противагу застосуванню двох понять «надання неправомірної вигоди» та «одержання неправомірної вигоди», що не відбиває сутності двостороннього єдиного злочину). Все вищенаведене свідчить про хибність позиції російського вченого О. А. Арутюнова про те, що ніякої співучасті у аналізованих нормах немає¹⁰. Надання-одержання неправомірної вигоди (хабарництво) є необхідною співучастю, відповідно передбачає необхідний рольовий розподіл, оскільки ні одержання неправомірної вигоди неможливе без її надання, ні надання неправомірної вигоди неможливе без її одержання.

Провокація підкупу також є проявом необхідної співучасті, на чому наголошують й інші вчені¹¹. У статті 370 КК України передбачено, що провокація підкупу – це свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Переважно провокація підкупу глумачиться як спеціальний вид підбурювання до вчинення злочину, коли винний має на меті подальше викриття особи, яка надала або одержала неправомірну вигоду. Службова особа умисно створює обставини, які обумовлюють надання-одержання неправомірної вигоди із визначеною вище метою.

Сутність провокації полягає в тому, що саме провокатор викликає в іншої особи намір вчинити злочин з метою її викриття. Аналіз диспозиції ч. 1 ст. 370 КК свідчить, що з об'єктивної сторони провокація не обмежується схиланням іншої особи до таких дій шляхом підмовлянь, підкупу, погроз, що можна кваліфікувати як підбурювання до злочину. Провокувати неправомірну вигоду можна і шляхом створення обставин і умов, які обумовлюють корупційне діяння, тобто шляхом впливу на об'єктивну дійсність, а не безпосередньо на особу. Так, у кримінально-правовій науці існують різні підходи до вирішення питання про те, чи можна розцінювати як підбурювання до злочину випадки, коли при провокації підкупу конверт із неправомірною вигодою залишають на робочому столі службової особи.

На сьогодні переважає позиція, що за будь-яких обставин провокація хабара (за чинним на той момент поняттям) є спеціальним видом підбурювання до нього¹². При цьому переважно констатується така сутність провокації і не ставиться під сумнів доцільність наявності в КК окремої норми. Однак існує й інша позиція, що оскільки провокація хабара є підбурюванням до злочину, то не є доцільним виокремлення у кримінальному законі провокації підкупу як самостійного складу злочину. Так, О. Ф. Бантишев стверджує, що «провокація до вчинення будь-якого злочину є лише окремим випадком підбурювання, і при будь-якій провокації хабара, провокатор повинен нести кримінальну відповідальність як підбурювач до відповідного злочину»¹³. Прихильниками визнання провокаційних дій підбурюванням до злочину виступали С. В. Познишев, О. Я. Светлов, А. Н. Трайнін, М. Д. Шаргородський¹⁴. Як свідчать дослідники, така позиція знайшла відображення і в кримінальному законодавстві деяких зарубіжних країн: підлягає відповідальності за підбурювання той, хто схиляє іншу особу до вчинення злочину з метою порушення проти неї кримінального переслідування у § 1 ст. 23 КК Республіки Польща, а також у ч. 1 ст. 18 КК Іспанії¹⁵.

Для вирішення цієї дискусії слід порівняти поняття «провокація злочину» і «підбурювання до злочину». У статті 27 КК України визначено, що підбурювачем є особа, яка умовляннями, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину. Основна функціональна властивість підбурювача як співучасника полягає у тому впливові, який вона здійснює на інших осіб і який змінює, деформує волю інших осіб, трансформуючи їх поведінку на злочинну. Суть підбурювання – схилити іншу особу до вчинення злочину, тобто умисно викликати у іншої особи рішучість вчинити конкретне суспільно небезпечне діяння, заборонене законом.

Термін «провокація» походить від латинського слова «*provocatio*», що означає збудження, схилання, заклик до обурення. У сучасній українській мові провокація означає зрадницьку поведінку, підбурювання кого-небудь до таких дій, які здатні потягнути за собою тяжкі для нього наслідки¹⁶. Вчені наголошують, що «лише при досягненні згоди (курсив наш. – О.К.) службовцем прийняти хабар провокатор повідомляє про це у правоохоронні органи; за відсутності згоди відсутнім є склад одержання хабара, відповідно відсутній і привід звернення в органи влади...»¹⁷. Відповідно, і в науці кримінального права провокація злочину традиційно розглядається в межах дослідження видів співучасті у злочині.

Провокація водночас може полягати і в опосередкованому впливі на особу шляхом створення обставин чи умов, що не є підбурюванням. Отже, аналізовані поняття не є тотожними за змістом, адже для підбурювання (як і співучасті загалом) обов'язковою є наявність двостороннього суб'єктивного зв'язку між підбурю-

вачем і підбурюваним (згоди, змови тощо), і відповідно таємний спосіб підбурювання неможливий. У випадку ж впливу на оточуючу обстановку, зокрема, залишення грошей в кабінеті, підкидання їх в автомобіль без відома і згоди особи, відсутньою є ознака спільності. Провокація, за якої особа діє таємно, шляхом створення таких умов і обставин, що викликають в іншій особі намір вчинити надання чи одержання неправомірної вигоди, не містить двостороннього психологічного зв'язку. У зв'язку з цим слід згадати ще про один аспект аналізованого складу злочину – суб'єкта провокації підкупу. Не заглиблюючись у цю проблему (мета дослідження інша), зауважимо, що визначення суб'єкта провокації підкупу законодавцем як виключно службової особи викликає обґрунтовані заперечення. Хіба не може загальний суб'єкт створити умови для одержання службовою особою неправомірної вигоди (як у наведеному вище прикладі)? Слід погодитись із вченими, які ствердно відповідають на це питання. О. М. Грудзур на підтвердження своєї позиції наводить аналогічні норми законодавства зарубіжних країн, де суб'єкт цього злочину визнано загальним¹⁸.

Отже, діяння, що передбачене у ст. 370 КК, за своєю структурою та змістом сформульовано таким чином, що залежно від форми вираження може мати двояку юридичну природу, а отже різну кримінально-правову оцінку. Зважаючи на попередні висновки, пропонуємо виокремлення двох видів провокацій, одна з яких – схилення службової особи до надання неправомірної вигоди одержання такої вигоди (за юридичною природою подібна до співучасті, а саме – підбурювання), друга – свідоме створення обставин і умов, що зумовлюють надання неправомірної вигоди або одержання такої вигоди... (опосередкований вплив за відсутності ознак співучасті). Диспозиції частин 1 і 2 статті 370 КК пропонуємо викласти у такій редакції: «1. Схилення особи до пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. 2. Свідоме створення обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду». Кваліфікуючими ознаками пропонуємо визнавати вчинення діянь, передбачених ч. 1 або 2 цієї статті, службовою особою чи службовою особою правоохоронних органів.

Такий підхід сприятиме вирішенню проблеми сутності провокації та співвідношення її з інститутом співучасті. У пропонованій частині 1 ст. 370 КК України провокація є способом підбурювання, оскільки наявна згода двох осіб, двосторонній суб'єктивний зв'язок, отже – співучасть. Це матиме місце, якщо провокатор здійснює вплив на конкретну особу шляхом умовлянь, підкупу тощо для того, щоб вона надала чи одержала неправомірну вигоду. У такому разі слід ставити питання про наявність ознак підбурювання як виду співучасті, а отже – *необхідної співучасті з рольовим розподілом*. Якщо ж діяння провокатора містить інші ознаки, які не охоплюються поняттям підбурювання і знаходяться поза волею іншої особи, то вони мають кваліфікуватися за пропонованою нами частиною 2 статті 370 КК, де передбачена провокація у вузькому сенсі. Отже, не кожна провокація є підбурюванням до злочину (коли створюються обставини чи умови), і не кожне підбурювання є провокацією злочину (якщо відсутня мета викрити того, хто надав чи одержав неправомірну вигоду).

Таким чином слід узагальнити певні висновки. Необхідна співучасть – це спільна умисна участь декількох суб'єктів злочину, змова яких є обов'язковою для вчинення певного умисного злочину. Необхідною співучастью є надання-одержання неправомірної вигоди, а також у переважній більшості випадків і провокація підкупу. Відповідно, доведеною є доцільність і обґрунтованість використання у кримінально-правових дослідженнях поняття необхідної співучасті, яке має тривалу історію у вітчизняній юридичній науці. Аналізований термін доволі точно відображає сутність і специфіку заподіяння шкоди об'єкту посягання, яке може бути здійснене лише спільно двома суб'єктами. У таких складах злочинів спільна участь не може розглядатись як обтяжуюча ознака. Необхідна співучасть передбачає вимушеність, неминучість спільності у вчиненні злочинного діяння, без якої таке посягання не може реалізуватись у заподіяній шкоді.

¹ Кістяківський О. Ф. Елементарний підручник загального кримінального права з детальним викладом засад російського кримінального законодавства. Загальна частина / О. Ф. Кістяківський. – 3-е вид. – Репр. вид. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2009. – С. 529.

² Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права / Познышев С. В. – М.: Издание А. А. Карцев, 1912. – С. 380.

³ Галиакбаров Р. Р. Групповое преступление. Постоянные и переменные признаки / Р. Р. Галиакбаров. – Свердловск: СЮИ, 1973. – С. 31.

⁴ Беніцький А. С. Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності: монографія / Беніцький А. С.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ: СПД Резніков В. С., 2014. – С. 341.

⁵ Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права / Малиновский А. А. – М.: Междунар. отношения, 2002. – С. 108–109.

⁶ Михайлов В. Банда: форма соучастия или сговор / В. Михайлов // Уголовное право. – 2004. – № 3. – С. 53.

⁷ Герцензон А. А. Уголовное право: Общая часть / Учебное пособие / Герцензон А. А. – М.: РИО ВЮА, 1948. – С. 360.

⁸ Андрушко П. П. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України) / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська // Вісник Верховного Суду України. – К.: Концерн. Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – № 7 (59). – С. 22.

⁹ Брїч Л. П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія / Л. П. Брїч. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 144.

¹⁰ Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении / А. А. Арутюнов. – М.: Статут, 2013. – С. 91.

¹¹ Ермакова Л. Д. Енциклопедія уловного права: в 35 томах. – СПб., 2007. – Т. 6. – С. 6.

¹² Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Вид-во «Юридична думка»», 2007. – С. 728.

¹³ Бантшишев О. Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації): [навч. посібник] / Бантшишев О. Ф. – К.: МАУП, 2002. – С. 43.

¹⁴ Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права / Познышев С. В. – М.: Издательство А. А. Карцева, 1912. – С. 390; Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / Светлов А. Я. – К.: Наукова думка, 1978. – С. 240; Трайнин А. Н. Учение о соучастии / Трайнин А. Н. – М.: Юриздат, 1941. – С. 103; Шаргородский М. Д. Вопросы общей части уголовного права: законодательство и судебная практика / М. Д. Шаргородский; [отв. ред. В. А. Иванов]. – Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1955. – С. 149.

¹⁵ Ус О. В. Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину: [монографія] / Ус О. В. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – С. 194.

¹⁶ Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – [2-е вид., виправ.]. – К.: Вид-во «АКОНІТ», 2008. – Т. 3: П–Я. – 2008. – С. 21.

¹⁷ Побрызгаева Е. Вопросы квалификации провокации взятки либо коммерческого подкупа / Е. Побрызгаева, С. Бабыч // Уголовное право. – 2006. – № 5. – С. 72.

¹⁸ Грудзур О. М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Грудзур Олег Михайлович; Акад. адвокатури України. – К., 2011. – 229 с. – С. 97.

Резюме

Кваша О. О. Зміст поняття «необхідна співучасть» у кримінальному праві України.

У статті обґрунтовано, що необхідна співучасть – це спільна умисна участь декількох суб'єктів злочину, змова яких є обов'язковою для вчинення певного умисного злочину. Необхідною співучастью є надання-одержання неправомірної вигоди, а також у переважній більшості випадків провокація підкупу. Поняття «необхідна співучасть» відображає сутність і специфіку заподіяння шкоди об'єкту посягання, яке може бути здійснене лише спільно двома суб'єктами. У таких складах злочинів спільна участь не може розглядатись як обтяжуюча ознака.

Ключові слова: необхідна співучасть, спільність, змова, провокація, підбурювання.

Резюме

Кваша О. А. Содержание понятия «необходимое соучастие» в уголовном праве Украины.

В статье обосновано, что необходимое соучастие – это совместное умышленное участие нескольких субъектов преступления, сговор которых является обязательным для совершения определенного умышленного преступления. Необходимым соучастием является предоставление-получение неправомерной выгоды, а также в большинстве случаев провокация подкупа. Понятие «необходимое соучастие» отражает сущность и специфику причинения вреда объекту посягательства, которое может быть осуществлено только совместно двумя субъектами. В таких составах преступлений совместное участие не может рассматриваться как отягчающий признак.

Ключевые слова: необходима соучастие, совместность, сговор, провокация, подстрекательство.

Summary

Kvasha O. The meaning of «necessary complicity» in the criminal law of Ukraine.

The article substantiates the need to complicity – a joint intentional participation of several subjects crime conspiracy which is mandatory to carry out a certain intentional crime. Is to provide the necessary complicity, receiving undue advantage, as well as in most cases of bribery of a provocation. The concept of «necessary complicity» reflects the essence and specific harm to property infringement, which could only be carried out jointly by the two actors. In such compositions, the joint participation of the crimes can not be regarded as an aggravating feature.

Key words: need complicity, consistency, collusion, provocation, incitement.

Отримано 20.06.2014