

# ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

---

## ФОРМЫ СОУЧАСТИЯ В ПРЕСТУПЛЕНИИ ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Иванова Л. А.

Статья посвящена сравнительно-правовому анализу форм соучастия в преступлении на основе законодательства про уголовную ответственность Украины и Российской Федерации. Автором проведена аналитическая работа относительно исследования форм соучастия в преступлении на основе Уголовных кодексов Украины и РФ. На основании анализа соответствующих норм обосновываются предложения по дальнейшему усовершенствованию украинского законодательства в этой сфере для наиболее оптимального противостояния групповой и организованной преступности.

*Ключевые слова:* соучастие в преступлении, соучастник, формы соучастия, организованная преступность, организованная преступная деятельность, организованная группа, преступная организация.

## FORMS OF COMPLICITY IN A CRIME ON THE CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE AND RUSSIAN FEDERATION

Ivanova L.A.

The article is devoted to comparative legal analysis of forms of complicity in a crime on the criminal legislation of Ukraine and Russian Federation. The author carries out analytical work on research of forms of complicity in a crime on the criminal codes of Ukraine and of RF. On the basis of analysis of the proper norms suggestions are grounded in relation to the further improvement of the Ukrainian legislation in this sphere for the most optimum opposition to the group and organized criminality.

*Key words:* complicity, accomplice, form of complicity, organized criminality, organized criminal activity, organized group, criminal organization.

*Надійшла до редакції 29.11.2010 р.*

УДК 343.235 (477)

Ю.Ю. Лемішко, аспірантка  
Національний університет  
«Юридична академія України  
імені Ярослава Мудрого», м. Харків

## ПОВТОРНІСТЬ І РЕЦИДИВ ЯК ОБСТАВИНИ, ЯКІ ОБТЯЖУЮТЬ ПОКАРАННЯ

При визначенні конкретної міри кримінально-правового впливу відповідно до загальних засад її призначення (ст. 65 КК) суди повинні враховувати сту-

пінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного й обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання. Серед останніх закон (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК) називає

«вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів». У цій нормі, по суті, передбачено 2 самостійні обтяжливі обставини, які об'єднуються законодавцем в одну групу з огляду на те, що як повторність, так і рецидив належать до єдиного кримінально-правового інституту, оскільки є видами множинності злочинів.

Проблемами обставин, які обтяжують покарання, займалися такі вчені, як М.І. Бажанов, В.І. Зубкова, Л.Л. Кругликов, О.А. М'ясников, Т.В. Непомняща, А.О. Пінаєв, Ю.В. Солопанов, М.Н. Становський [Див.: 1; 6; 8; 10-14] та ін.

Цікавість до повторності й рецидиву як обставин, що обтяжують покарання, зумовлена декількома підставами. По-перше, в п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України 2001 р. ці обставини сформульовані дещо інакше, ніж у п. 1 ч. 1 ст. 41 КК України 1960 р., внаслідок чого змінилася не лише законодавча форма закріплення їх у законі, але й їх зміст. По-друге, при призначенні покарання обставинами, що негативно характеризують особу винного, суди називають і наявність у неї погашеної або знятої судимості за раніше вчинений злочин, що призводить до посилення міри покарання в межах санкції відповідної статті Особливої частини КК. Така судова практика,

з нашого погляду, суперечить вимогам ч. 3 ст. 67 КК України, про що буде йтися далі.

У п. 1 ст. 41 КК України 1960 р. обставиною, обтяжуючою покарання, передбачалося «вчинення злочину особою, яка раніше вчинила будь-який злочин». Таке формулювання норми за змістом є значно ширшим, ніж «учинення особою злочину повторно і рецидив злочинів» [7, с. 226], тому що охоплює всі 3 види множинності – повторність, реальну сукупність і рецидив [13, с. 21]. Чинний КК України 2001 р. обставинами, що обтяжують покарання, визнає лише 2 її види – повторність і рецидив. Між цими положеннями КК 1960 р. і 2001 р. є і спільне, оскільки вони об'єднують як злочини, за які особа ще не має судимості, так і ті, за які вона вже була засуджена, проте судимість не знята або не погашена [14, с. 241].

Зміною формулювання п. 1 ч. 1 ст. 67 КК законодавець підкреслив, що обтяжливі обставини створюють лише злочини певного характеру. За КК України 1960 р. не мало значення, чи був знов вчинений злочин однорідним, різнорідним або тождним. Тому досить слушно зазначав тоді М.І. Бажанов, що «... для наявності такої повторності не треба тотожності, однаковості злочинів, що в неї входять. Не треба й того, щоб злочини,

які входять у повторність, були однорідними. Досить учинення будь-якого злочину, щоб констатувати таку повторність» [1, с. 9].

Щоб установити, вчинення злочину якого характеру визнається обставинами, передбаченими п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України 2001 р., варто звернутися до термінів «повторність», «сукупність» і «рецидив» як видам множинності злочинів.

Згідно зі ст. 32 КК повторність утворюють, як правило, тотожні злочини. Як виняток у статтях Особливої частини КК спеціальною вказівкою передбачені випадки, коли повторність утворюють також однорідні злочини. Наприклад, у п. 1 примітки до ст. 185 КК говориться, що крадіжка вважається повторною, не лише коли особа вчинить ще одну, а й коли вона вчинить грабїж, шахрайство, привласнення чи розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем. Необхідною умовою визнання повторності є збереження кримінально-правових наслідків злочинів, що її утворюють. Аналіз ч. 3 ст. 32 КК дає підстави вважати, що теоретично в майбутньому до КК можуть бути включені статті, що передбачатимуть можливість створення повторності й різнорідними злочинами. Але зараз в Особливій частині чинного КК таких статей

немає. Сукупність за ч. 1 ст. 33 КК можуть утворювати як різнорідні, так і однорідні злочини, що зберігають свої кримінально-правові наслідки. Окрема група вчених (А.Ф. Зелінський, І.О. Зінченко, В.І. Тютюгін) дотримується точки зору, відповідно до якої сукупність можуть утворювати й тотожні злочини [3, с. 39; 5, с. 127]. Отже, вчинення особою різнорідних злочинів, наприклад крадіжки й убивства, не може враховуватися судом як обставина, обтяжуюча покарання, бо такі злочини утворюють сукупність. Не є обтяжливою обставиною, передбаченою п. 1 ч. 1 ст. 67 КК, і вчинення особою злочинів однорідних, тому що вони або створюють ту ж саму сукупність, або (як виняток) повторність. Оскільки повторність однорідних злочинів передбачена в статтях Особливої частини КК, в таких випадках вона є кваліфікуючою ознакою, і якщо виходить із заборони «подвійного врахування» обтяжливих обставин (ч. 4 ст. 67 КК), вона не може враховуватися як обставина, обтяжуюча покарання.

Вважаємо єдиною правильною є точка зору тих науковців, які підкреслюють, що лише вчинення двох або більше тотожних злочинів (якщо така повторність не передбачена як кваліфікуюча ознака) може враховуватися судом як обставина, передбачена

п. 1 ч. 1 ст. 67 КК [5, с. 164]. Приміром, заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК), вчинене повторно, завжди повинно визнаватись обставиною, обтяжуючою покарання. Зауважимо, що повторність, як обтяжлива обставина, охоплює як випадки вчинення тотожних злочинів, за жодне з яких особа не має судимості, так і випадки, коли особа вчиняє злочин (злочини), тотожний (тотожні) тому, за який вона вже має судимість, якщо при цьому остання не погашена або не знята в установленому законом порядку [14, с. 243].

Розглянемо випадки, коли сукупність утворюють тотожні злочини. Прикладом цьому є вчинення особою закінченої крадіжки або замаху на неї, вчинення крадіжки повторно, але вже у співучасті [9, с. 7]. У цих випадках повторність тотожних злочинів виступає видом їх сукупності. У кримінально-правовій літературі це явище отримало назву «повторність-сукупність» [5, с. 127]. У зв'язку із цим виникає закономірне питання: чи є тут повторність обставиною, передбаченою п. 1 ч. 1 ст. 67 КК? При відповіді на нього треба виходити з того, що такі випадки лише кваліфікуються за правилами реальної сукупності; сутність же злочинів, які в неї входять залишається тією самою: всі вони

є тотожними. Тому необхідно погодитися з А.О. Пінаєвим в тому, що в таких ситуаціях у наявності обставина, що аналізується [12, с. 368].

Рецидивом злочинів згідно зі ст. 34 КК визнається вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин. При цьому для наявності рецидиву потрібно, щоб новий умисний злочин (злочини) особа вчинила до спливу строку судимості за попередній злочин. Досить часто суди порушують цю вимогу КК і вважають погашену або зняту судимість обставиною, обтяжуючою покарання [15, с. 29,30]. На це звертає увагу й Пленум Верховного Суду України, який у постанові від 24 жовтня 2003 р., № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» в абз. 1 п. 7 зазначає, що погашена або знята судимість не може враховуватися при призначенні покарання як обставина, передбачена п. 1 ч. 1 ст. 67 КК [4, с. 509]. Та навіть після цього така судимість все одно береться до уваги при призначенні покарання але вже як обставина, що негативно характеризує особу винного, оскільки п. 3 ч. 1 ст. 65 КК зобов'язує суд при призначенні покарання враховувати (поряд з іншим) також особу винного. Як наслідок – все одно це впливає на посилення міри

покарання в межах санкції відповідної статті Особливої частини КК.

Судову практику, що склалася з приводу такого визнання погашеної судимості, М.Н. Становський оцінює наступним чином: «Із правової точки зору закон дозволяє враховувати ту судимість, що не втратила своїх юридичних властивостей, але із соціальної точки зору в громадян виникає нерозуміння, чому злочинець, який раніше безліч разів відбував покарання за вчинення суспільно небезпечних діянь, але судимості за них погашені чи зняті у встановленому законом порядку, поставлений в один ряд з особою, яка вперше вчинила злочин?» [14, с. 166]. Сам же правознавець робить суперечливий висновок: «Погашена або знята судимість не може враховуватися як обставина, що впливає на вид і розмір покарання», але вона «має певне значення як характеристика особи винного» [14, с. 167]. При цьому залишається незрозумілим, що мав на увазі правник під словами «має певне значення», оскільки він так і не надає остаточної відповіді на запитання, як саме така судимість повинна впливати на вид і розмір покарання. Цей погляд М.Н. Становського поділяє й Т.В. Непомняща [11, с. 61]. Чимало криміналістів, які досліджують

проблему виходу за межі закритого переліку обставин, обтяжуючих покарання (ч. 3 ст. 67 КК), за рахунок даних, що негативно характеризують особу винного, теж не можуть дійти згоди в пошуках єдиного шляху її вирішення. Усе наведене ще раз свідчить про потребу подальшої доктринальної розробки порушеної проблеми

При дослідженні обставин, передбачених п. 1 с. 1 ст. 67 КК, виникає ще одне запитання: чи послідовно вчинив законодавець, виключивши можливість визнання сукупності обставиною, обтяжуючою покарання? Вивчаючи правову природу пом'якшуючих і обтяжливих обставин, Л.Л. Кругліков дійшов висновку, що вони «тому й позначаються на відповідальності й покаранні, що з ними пов'язана зміна рівня небезпечності вчиненого, що вони характеризують особу винного» [8, с. 20,21]. Вочевидь, визнання того чи іншого виду множинності обставинами, обтяжуючими покарання, залежить від рівня суспільної небезпечності винного. Останній, у свою чергу, залежить від характеру вчиненого злочину, наявності або відсутності судимості за раніше вчинене діяння. Загальновизнаною в науці кримінального права є позиція, відповідно до якої повторність є небезпечнішою порівняно із

сукупністю. Значить, більш значну суспільну небезпечність має особа, яка вчинила тотожні злочини (повторність), ніж та, яка вчинила декілька різнорідних злочинів (сукупність).

Таку думку підтримує й А.О. Пінаєв, аргументуючи її наступним чином: «При повторності особа вчиняє тотожні або однорідні злочини, що говорить про вироблення нею певних професійно-злочинних навичок. Така професіоналізація полегшує винному вчинення суспільно-небезпечних діянь, він ретельніше приховує вчинене, що дозволяє займатися злочинною діяльністю тривалий час» [12, с. 276]. Майже всі криміналісти погоджуються, що рецидив, за слушним висловленням В.І. Зубкової, «свідчить про більш значну небезпечність винного, який завзято не бажає вести законслухняний спосіб життя навіть після застосування до нього міри кримінально-правового характеру» [6, с. 251]. На підставі викладеного слід визнати дії законодавця, який в КК України 2001 р. не включив сукупність у перелік обставин, обтяжуючих покарання (ч. 1 ст. 67 КК), цілком послідовними й відповідними принципу гуманізації законодавства.

Згідно з ч. 2 ст. 67 КК рецидив і повторність належать до групи факультативних обтяжуючих обставин, тобто визнання їх

обтяжуючими покарання здійснюється за розсудом суду, який вправі визнати чи не визнати їх такими, навівши мотиви свого рішення у вирок, і залежить від їх впливу на характер вчиненого злочину [7, с. 232]. В.І. Зубкова вважає, що ці види множинності за наявності їх у справі можуть не визнаватись обтяжливими обставинами у випадках, «коли і перший, і наступні злочини є необережними або хоча й умисними, але невеликої тяжкості, або новий злочин є незначними і не становить продовження минулої злочинної діяльності» [6, с. 251]. Наголосимо, що зводить характер злочину лише до форми вини і ступеня тяжкості вчиненого було б хибним, бо це не всі чинники, що його визначають.

Слід звернути увагу й на те, що як при повторності, так і при рецидиві як обставинах, обтяжуючих покарання, кожен злочин кваліфікується самостійно за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, а покарання призначається за правилами їх сукупності або сукупності вироків (у випадках, коли обтяжливою обставиною виступатиме рецидив). При цьому на підставі аналізу положень п. 1 ч. 1 ст. 67 КК повторність або рецидив може враховуватися як обставина, обтяжуюча покарання, лише один раз незалежно від кількості злочинів, учинених

винною особою. У кримінально-правовій літературі висловлювалася й інша точка зору, згідно з якою при призначенні покарання за сукупністю злочинів або вироків обтяжливі обставини, що є предметом аналізу, не підлягають урахуванню. Прихильником цієї точки зору є А.С. Горелик, який зазначає, що вчинення декількох злочинів або наявність судимості за попередні вже враховано в більш суворих (порівняно із засудженням за один злочин) правилах призначення остаточного покарання і тому не повинно братися до уваги ще й як обставина, обтяжуюча останнє [2, с. 4]. Не погоджується з таким висновком О.А. М'ясников, аргументуючи це тим, що такий підхід суперечить положенням самого кримінального закону, які передбачають правила призначення покарання за сукупністю злочинів [10, с. 81]. Дійсно, в ч. 1 ст. 65 КК зазначено, що суд має спочатку призначити покарання за кожен злочин окремо, керуючись при цьому вимогами ч. 1 ст. 65 КК про врахування ступеня суспільної небезпечності вчиненого, особи винного, а також обставин, пом'якшуючих та обтяжуючих покарання. Тому, як вбачається, є сенс підтримати позицію тих криміналістів, які визнають обов'язок суду при призначенні покарання за сукупністю вироків або злочинів ура-

ховувати обставини, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 67 КК.

На підставі викладеного можемо зробити наступні висновки.

Лише вчинення двох або більше тотожних злочинів, якщо така повторність не передбачена кваліфікуючою ознакою, може братися до уваги судом як обставина, передбачена п. 1 ч. 1 ст. 67 КК. При цьому не має значення, є в особи судимість за один зі злочинів, що утворюють повторність чи немає. Обставиною, обтяжуючою покарання, є також і «повторність-сукупність» – випадки, коли повторність тотожних злочинів кваліфікується за правилами реальної сукупності.

Суди часто порушують заборону врахування погашеної судимості як обставини, обтяжуючої покарання. Якщо така судимість береться до уваги як обставина, що негативно характеризує особу винного, то постає питання про порушення вимоги ч. 3 ст. 67 КК. Відсутність шляхів подолання цієї проблеми свідчить про необхідність подальшого її доктринального дослідження з метою пошуків єдиного і правильного вирішення.

Повторність і рецидив повинні братися до уваги при призначенні покарання за сукупність злочинів або вироків як обставина, передбачена п. 1 ч. 1 ст. 67 КК, лише один раз, незважаючи на кількість учинених злочинів.



**Список літератури:** 1. *Бажанов М.І.* Повторність злочинів як вид множинності злочинів: Конспект лекції. – Х.: Укр. юрид. акад., 1993. – 16 с. 2. *Горелик А.* Реализация принципа справедливости в правилах назначения наказания // Уголов. право. – 2001. – № 1. – С. 3-6. 3. *Зелинский А.Ф.* Квалификация повторных преступлений. – Волгоград: НИ и РИО ВСШ МВД СССР, 1976. – 52 с. 4. Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2005): – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 624 с. 5. *Зінченко І.О., Тютюгін В.І.* Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання. – Х.: Вид-во ФІНН, 2008. – 332 с. 6. *Зубкова В.И.* Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М.: Норма, 2002. – 304 с. 7. Кримінальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За заг. ред. *В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація.* – Вид. 2-ге, перероб. та доп./ – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. – 1152 с. 8. *Круеликов Л.Л.* Правовые средства обеспечения справедливости наказания в процессе его индивидуализации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1985. – 31 с. 9. Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правових наслідків: Пост. Пленуму Верхов. Суду від 04.06.2010 р., № 7 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2010. – № 7. – С. 6-10. 10. *Мясников О.А.* Смягчающие и отягчающие наказание обстоятельства в теории, законодательстве и судебной практике. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 240 с. 11. *Непомнящая Т.В.* Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. – 781 с. 12. *Пинаев А.А.* Уголовное право Украины: Общ. ч. – Харьков: Харьков юрид., 2005. – 664 с. 13. *Солопанов Ю.В.* Об обстоятельствах, отягчающих ответственность // Сов. юстиция. – 1990. – № 4. – С. 21-27. 14. *Становский М.Н.* Назначение наказания. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 1999. – 480 с. 15. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14.02.2006 р. // Вісн. Верхов. Суду України. – 2006. – № 6. – С. 29,30.

### ПОВТОРНОСТЬ И РЕЦИДИВ КАК ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ОТЯГЧАЮЩИЕ НАКАЗАНИЕ Лемешко Ю.Ю.

Статья посвящена анализу повторности и рецидиву как обстоятельствам, способным усиливать наказание в пределах санкции конкретной статьи Особенной части УК. Исследуются особенности учета видов множественности при наличии их в деле как обстоятельств, отягчающих наказание, рассматриваются проблемы, возникающие на практике при назначении наказания.

*Ключевые слова:* наказание, повторность, рецидив, тождественные преступления, отягчающие наказание обстоятельства, личность преступника.

### REPETITION AND RECIDIVISM AS AGGRAVATING CIRCUMSTANCES Lemeshko Yu. Yu.

The article is devoted to the analysis of repetition and recidivism as circumstances being able to strengthen punishment within the limits of the concrete Article of the Criminal Code Special Chapter. The peculiarities of the registration of plurality kinds, if they are present in the case as aggravating circumstances, have been investigated; the problems arising in practice during the prescribing of punishment have been considered.

*Key words:* punishment, repetition, recidivism, similar crimes, aggravating circumstances, person of the criminal.

*Надійшла до редакції 31.03.2011 р.*