

ВІДМЕЖУВАННЯ ПІДБУРЮВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ
ВІД ДІЯЛЬНОСТІ ІНШИХ СПІВУЧАСНИКІВ

Кримінально-правові дослідження форм і видів співучасті, проведені в останні роки, свідчать про наявність стійкої тенденції до чіткого розмежування співучасників у злочині [6, с. 6, 7, 71-74; 13, с. 114-124; 4, с. 46-61]. Істотне вдосконалення законодавчого визначення видів співучасників, реалізоване у КК 2001 р., викликає необхідність встановлення чітких критеріїв їх відмежування, тим більше, з огляду на те, що в правовій літературі немає єдності в розумінні змісту й обсягу ролі кожного з них. У перебігу проведеного нами узагальнення опублікованої судової практики застосування інституту співучасті було встановлено, що 26,7 % справ зазначеної категорії стосуються судових помилок, пов'язаних саме з відмежуванням співучасті в злочині від потурання йому й розмежування видів співучасників [17, с. 78].

Зміст ст. 27 КК не залишає сумнівів у тому, що за критерій для розмежування видів співучасників використовується *характер їх діянь*, тобто роль (функція), яку здійснює (виконує) кожний з учасників у спільно вчиненому злочині. Тому принциповим залишається питання, у чому ж полягає відмінність дій підбурювача від діянь інших співучасників – виконавця, організатора й пособника злочину.

На підставі аналізу ч. 2 ст. 27 КК можна виділити 2 різновиди діяльності виконавця: а) безпосереднє вчинення злочину, тобто виконання повністю або частково дії (бездіяльності), що належить до ознак об'єктивної сторони складу злочину; б) вчинення злочину шляхом використання інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності. У зв'язку з цим слід зазначити, що сутність виконавської діяльності виявляється в безпосередньому або в опосередкованому вчиненні (виконанні) об'єктивної сторони складу злочину.

Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину (ч. 4 ст. 27 КК). На відміну від виконавця, підбурювач фактично і безпосередньо не виконує дій, що утворюють об'єктивну сторону складу спільно вчиненого злочину. Його роль обмежена лише схилянням співучасника до вчинення замисленого. Як слушно відзначив Ф.Г. Бурчак, суттєва відмінність між діянням виконавця і підбурювача полягає в тому, що перший вчиняє певні дії, що викликають зміни в зовнішньому світі, тоді як другий – дії, які викликають зміни у психіці виконавця [2, с. 195]. У цьому випадку відмежування підбурювання від виконавства якихось складнощів не викликає, бо характер дій, здійснюваних кожним із співучасників, є різним. Водночас треба враховувати, що відмінність діянь підбурювача і виконавця полягає ще й у тому, що підбурювання – це завжди *активна діяльність*, тоді як виконавець може вчинити (виконати) злочин і шляхом *бездіяльності*.

Мають місце ситуації, коли співучасник, фактично виконавши підбурювальницькі дії, юридично визнається посереднім виконавцем (заподіювачем) злочину, незважаючи на те, що він не брав участі у безпосередньому його вчиненні, тобто не виконував фактично об'єктивної сторони складу злочину ні повністю, ні навіть частково. Таке можливо у випадках схиляння до вчинення суспільно небезпечного діяння особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності за вчинене в силу різних причин об'єктивного чи (або) суб'єктивного характеру, наприклад, у разі схиляння до злочину особи, яка не є його суб'єктом (неосудна чи яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність) або внаслідок помилки діє невинувато та ін. Підбурювання також немає, якщо способи впливу на психіку безпосереднього винуватця позбавили його вільного вибору своєї поведінки. У зазначених випадках фактичний «виконавець» виступає як своєрідним «знаряддям» учинення злочину, за допомогою якого «підбурювач» здійснює власний злочинний задум, виступаючи посереднім заподіювачем шкоди.

Отже, на відміну від посереднього заподіяння, при підбурюванні вчинення діяння покладається на вільно діючого суб'єкта злочину, який усвідомлює суспільно небезпечний характер запропонованого діяння, передбачає його наслідки і свідомо обирає напрям своєї поведінки.

Складнощі на практиці викликає проблема розмежування діянь підбурювача й організатора злочину. Для вирішення зазначеного питання насамперед необхідно з'ясувати зміст організаторської діяльності. Деякі криміналісти вважають, що діяльність організатора досить різнопланова й може містити в собі як підбурювальницькі, так і пособницькі функції [2, с. 142; 19, с. 21; 11, с. 7, 8]. Має місце й більш широке трактування такої діяльності, відповідно до якого вона може характеризуватися ознаками, властивими всім співучасникам – виконавцеві, підбурювачу й пособникові злочину [20, с. 8, 9; 7, с. 126; 1, с. 347]. У правовій літературі зустрічається думка, що співучасникові крім організаторської, підбурювальницької й пособницької діяльності може бути властива ще й ініціатива вчинення злочину [6, с. 74].

Протилежну позицію займає А.П. Козлов, який вважає, що підхід, відповідно до якого діяльність організатора поглинає функції підбурювача, суперечить загальноприйнятим правилам класифікації, не відповідає принципам закону про відокремлення кожного виду співучасників за функціями, які вони виконують і, тим самим робить розпливчастим і нечітким співвідношення аналізованих небезпечних фігур у співучасті. Саме тому, з його погляду, необхідно визнати, що в організатора і у підбурювача зовсім різні функції. Перший має справу з особами, вже готовими в силу тих чи інших обставин (у тому числі й попереднього впливу підбурювача) до вчинення злочину й діяльність саме цих осіб об'єднує, координує і планує. У підбурювача ж залишається функція схиляння інших до вчинення злочину [8, с. 139, 140].

Зі змісту ч. 3 ст. 27 КК можна умовно вирізнити такі форми діяння організатора: 1) організація: а) вчинення злочину, б) утворення організованої групи чи злочинної організації, в) приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації; 2) керівництво: а) підготовкою або вчиненням злочину, б) організованою групою чи злочинною організацією; 3) фінансування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації.

Законодавець не розкриває змісту кожної із цих форм діяльності організатора. Судового тлумачення законодавчого положення надав Пленум Верховного Суду України. Так, відповідно до абз. 2 п. 3 постанови від 23 грудня 2005 р., № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» 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, до-

ручення, замовлення тощо» [14]. Згідно з п. 4 наведеної постанови, утворення (створення) організованої групи чи злочинної організації слід розуміти як сукупність дій з організації (формування, заснування) стійкого злочинного об'єднання для заняття злочинною діяльністю. Названі дії за своїм змістом близькі до дій щодо організації злочину і включають підшукування співучасників, об'єднання їх зусиль, детальний розподіл між ними обов'язків, складання 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 його учасників, упорядкування взаємодії його структурних частин [14].

Організація приховування злочинної діяльності таких злочинних об'єднань може полягати в координації дій щодо: легалізації (відмивання) доходів, одержаних ними злочинним шляхом; підкупу осіб, уповноважених на виконання функцій держави; створення умов для проникнення їх учасників до органів влади з метою забезпечити безпеку злочинної діяльності й виїзду учасників такої діяльності за межі регіону чи країни, тощо (п. 7) [14].

Як вбачається, організація вчинення злочину, створення стійкого злочинного об'єднання або приховування його злочинної діяльності містить у собі досить різноманітне коло діянь, серед яких: підбір співучасників злочину, їх вербування і згуртування, об'єднання вже існуючих злочинних угруповань, розробка плану вчинення злочину, розподіл ролей між співучасниками, визначення способів і засобів учинення злочину, будь-яка форма приховування злочинної діяльності, тощо.

Керівництво підготовкою або вчиненням злочину, а також керівництво злочинною організацією певною мірою має похідне значення. Воно містить у собі менш різноманітний спектр діяльності й полягає у спрямуванні, узгодженні й координуванні злочинної діяльності співучасників, вживанні заходів для забезпечення успішного вчинення злочину. Відповідно до абз. 3 п. 3 згаданої постанови Пленуму 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 ..., тощо». У свою чергу, керування вчиненням злочину (злочинів) «передбачає спрямування 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)» (абз. 4 п. 3) [14].

Фінансування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації «може полягати і в організації постачання їй коштів іншими особами, і в безпосередньому його здійсненні» (п. 6) [14].

Звичайно, вичерпний перелік дій, які особа повинна й може вчинити в кожному конкретному випадку, будучи організатором злочину, назвати неможливо, бо їх вибір визначається різними об'єктивно-суб'єктивними обставинами. Водночас з упевненістю можна стверджувати, що за характером описаних законодавцем дій організатор – фігура, безсумнівно, більш значна, ніж підбурювач, оскільки він більш активний у підготовці й учиненні злочину. Ми не погоджуємося з думкою О.О. Кваші, яка вважає, що критерієм відмежування дій організатора від підбурювача є обсяг злочинної діяльності, ступінь участі в ній і характер злочинних дій [6, с. 73]. На наш погляд, зростання кількісних характеристик призводить до іншого якісного рівня, тому те, що діяльність організатора злочину є більш інтенсивною й вагомою, як раз і підкреслює роль і характер його участі. Ступінь же участі конкретного організатора, підбурювача чи іншого співучасника в кожному конкретному злочині суттєво різняться.

Теоретичні розробки поняття «організатор», свідчать, що більшість криміналістів до одного з видів організаторської діяльності відносять також залучення [9, с. 147] і схилення [16, с. 160] співучасників до вчинення злочину, а формами організації називають наказ, угоду, прохання, підкуп, доручення, замовлення тощо [9, с. 147]. Інакше кажучи, до арсеналу організатора дехто з дослідників відносять і такі способи, які використовує підбурювач [18, с. 27].

З нашої точки зору, така позиція є правильною, бо, наприклад, створення організованої групи чи злочинної організації припускає не тільки (скоріше, навіть не стільки) об'єднання схилених підбурювачем осіб єдиним наміром, скільки їх пошук і підбір. До того ж організація злочину (злочинної групи) – діяльність завжди цілеспрямована. Особа має конкретну мету, план, задум вчинити злочинне діяння, реалізацію яких вона бажає втілити в життя, і коли йдеться про співучасть, це, безумовно, вимагає залучення інших суб'єктів. При цьому залучати, схилити до вчинення злочинного задуму організатор може як особисто, так і шляхом доручення цієї ролі іншій особі – підбурювачу. У той же час слід враховувати: якщо діяльність організатора не вичерпується тільки залученням до злочину, то дії підбурювача обмежуються лише схиленням особи до участі у спільному злочинному діянні. Роль, функція й зусилля останнього зводяться конкретно до того, щоб породити у виконавця чи інших співучасників рішучість, намір взяти участь у злочині. Підбурювач «не стоїть» над іншими особами, не об'єднує їх дій, не керує ними, а обмежується їх схиленням до злочину [15, с. 10; 5, с. 107]. Він також не планує здійснення злочинного діяння і не керує його підготовкою чи вчиненням.

Іншими словами, *встановлення факту схилення є необхідним і водночас достатнім, щоб визнати особу підбурювачем. Тому наявність у діячів співучасника яких-небудь інших ознак, не властивих підбурювальницьким функціям, виходить за межі підбурювання і свідчить або про виконання особою ролі іншого співучасника (організатора), або про виконання суб'єктом поряд із діяльністю підбурювача ще й ролі іншого учасника злочину* (наприклад, пособника).

Із цієї точки зору уявляється вбачається правильною позиція Ф.Г. Бурчака: «... Щоб стати організатором, особа має не тільки збудити в іншій особі рішучість вчинити злочин, не тільки взяти безпосередню участь у його вчиненні, а зробити і щось більше. Вона повинна, як говорить закон, організувати вчинення злочину, тобто розробити його план, розподілити ролі між співучасниками або навіть точно в деталях визначити роль одного виконавця» [2, с. 142]. Інакше кажучи, діяльності організатора можуть бути властиві функції як підбурювача, так і пособника, але організаторська діяльність відсутня, якщо вона не містить елементів, що характеризують виняткову сутність ролі організатора, тобто діяльність, властиву лише цьому співучасникові злочину.

Звернімося до прикладу з практики. Суд в ухвалі за справою Г. зазначив, що організаторська роль засудженої полягала в підшукуванні співучасників убивства 2-х осіб, схиленні до вчинення злочину, розробці його плану, приховуванні трупів і слідів злочину, проведенні переговорів щодо плати за вчинене. Внаслідок цього суд обґрунтовано дійшов висновку, що дії Г. слід визнавати організацією злочину і на цій підставі не можна додатково кваліфікувати (оцінювати) як підбурювання й пособництво [3].

Таким чином, якщо діяння співучасника притаманна хоча б одна з ознак, що свідчить саме про організацію ним злочину (розробка плану злочинного діяння, розподіл ролей між співучасниками, визначення способів і засобів учинення злочину, об'єднання вже існуючих злочинних угруповань, керівництво вчиненням злочину, фінансування злочинної діяльності тощо), його необхідно визнати організатором, незважаючи на всю можливу багатоплановість його діяльності в кожному конкретному випадку. У такій ситуації при кваліфікації не потрібне додаткове посилання на ч. 4 і (або) ч. 5 ст. 27 КК.

Важливе значення для правозастосовчої практики має проблема відмежування підбурювання до вчинення злочину від пособництва. У теорії кримінального права останнє традиційно поділяють на 2 види – фізичне й інтелектуальне. При цьому перше полягає в наданні засобів чи знарядь злочину або усуненні перешкод його вчиненню, а друге – в наданні порад, вказівок, а також заздалегідь даній обіцянці переховати злочинця, знаряддя або засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати або збути їх або іншим чином сприяти приховуванню вчиненого [13, с. 113, 114; 10, с. 237].

Аналіз видів пособництва призводить до висновку, що найбільшу схожість підбурювання має з інтелектуальним пособництвом, у першу чергу таким, що полягає в наданні порад і вказівок. Саме це й породжує необхідність установаження критеріїв розмежування досліджуваних видів співучасників.

Суть підбурювання – схилення іншого співучасника до вчинення злочину або участі в ньому, тоді як пособництво – це сприяння вчиненню злочину. Як підбурювач, так і пособник для виконання своїх функцій можуть використовувати поради і вказівки, які, проте, є різними як за змістом, так і за їх функціональним призначенням. Якщо підбурювач використовує пораду або вказівку, щоб збудити рішучість іншої особи вчинити злочин чи взяти в ньому участь, його дії звернені до суб'єкта, в якого ще відсутній намір на участь у злочині. Пособник же застосовує пораду або вказівку для зміцнення вже наявного рішення, значить, його дії спрямовані на особу, яка вже має намір учинити злочин. Якщо перший дає пораду, який злочин вчинити в даній ситуації, то другий радить, як треба або як успішніше вчинити це злочинне діяння чи як полегшити або прискорити його здійснення. При цьому, якщо підбурювач усвідомлює, що саме він збудив намір в особі взяти участь у спільній злочинній діяльності, то пособник лише свідомо приєднується до злочину, який вже готується або вчиняється, але ініціатива на вчинення якого виникла в іншій особі – підбурювача, організатора чи виконавця.

Незважаючи на те, що більшість науковців висловлюють думку, що зміцнення рішучості, наміру у співучасника на вчинення злочину характеризує дії пособника [10, с. 237], деякі криміналісти стоять на іншій позиції. Так, М.І. Мельник стверджує, що схилення до злочину має на увазі збудження бажання, рішучості або зміцнення наміру іншого співучасника вчинити злочин [9, с. 151; 12, с. 72].

Ця позиція, як видно, вимагає певних уточнень. Підбурювач, спрямовуючи дії на схилення співучасника до вчинення злочину, безумовно, прагне, щоб зусилля його не були марні і схилена ним особа обов'язково вирішила взяти участь у злочинному діянні. Діяльність підбурювача може не обмежуватися лише породженням рішучості у співучасника, бо він прагне схилити останнього, так би мовити «із запасом», щоб бути переконаним, що в того дійсно виник намір учинити злочин. Разом із тим, можлива ситуація, коли підбурювач сумнівається, чи вдалося йому схилити особу до вчинення злочину або до участі в ньому, а тому й застосовує додаткові прийоми впливу на неї, які, на його думку, все ж таки сформулюють її рішучість (наприклад, надає яку-небудь пораду, яка, з його точки зору, призведе до збудження чи посилення рішучості). Але в усіх таких випадках висловлюванню цієї «додаткової» поради, яка зміцнює намір, обов'язково передують дії підбурювача, спрямовані на схилення суб'єкта на вчинення злочину. Якщо ж дії особи були спрямовані лише на зміцнення наміру вчинити злочин, але сам намір виник без її участі, має місце пособництво злочину.

Ураховуючи зазначене, можемо зробити висновок, що основна відмінність підбурювання від пособництва полягає в наявності або відсутності в особі, на свідомість і волю якої впливає підбурювач або пособник, злочинної рішучості, наміру вчинити злочин або взяти в ньому участь до того моменту, як підбурювач чи пособник починає виконувати свою роль.

Проведене дослідження дає підставу для твердження, що критерієм відмежування підбурювання від діяльності інших співучасників виступає характер учиненого діяння, тобто та роль (функція), яку здійснює кожен з учасників у спільному злочині. Установлення факту схилення – необхідна й водночас достатня підстава для визнання особи підбурювачем. Тому наявність у діях співучасника будь-яких інших ознак, не властивих функціям підбурювача, виходить за межі підбурювання і свідчить або про здійснення ним ролі організатора, або про виконання поряд із діяльністю підбурювача ще й іншої ролі – співвиконавця і/або пособника.

Список літератури: 1. *Бородин С.В.* Преступления против жизни. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 467 с. 2. *Бурчак Ф.Г.* Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – К.: Наук. думка, 1969. – 216 с. 3. Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2001. – № 12. – С. 12, 13. 4. *Гуторова Н.А.* Соучастие в преступлении по уголовному праву Украины: Учеб. пособ. – Харьков: ООО «Рубикон П», 1997. – 102 с. 5. *Кваша О.О.* Об'єктивні ознаки діяльності організатора злочину // Право України. – 1999. – № 1. – С. 106–108. 6. *Кваша О.О.* Організатор злочину. Кримінально-правове та кримінологічне дослідження: Монографія. – К.: Ін-т держави і права НАН України, 2003. – 216 с. 7. *Ковалев М.И.* Соучастие в преступлении. – Ч. 2.: Виды соучастников и формы соучастия в преступной деятельности // Учен. тр. Свердлов. юрид. ин-та. – Т. 5 / Под ред. *М.А. Ефимова.* – Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1962. – 276 с. 8. *Козлов А.П.* Соучастие: традиции и реальность. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 362 с. 9. Кримінальне право України: Заг. ч.: Підручник / За ред. *М.І. Мельника, В.А. Клименка.* – Вид. 3-тє, перероб. і допов. – К.: Юрид. думка, 2004. – 352 с. 10. Кримінальне право України: Заг. ч.: Підручник / За заг. ред. *В.В. Сташиса, В.Я. Тація.* – 3-є вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 496 с. 11. *Лыхмус В.Э.* Квалификация соучастия в преступлении: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Тартуский гос. ун-г. – Л., 1985. – 16 с. 12. *Мельник М.І.* Види співучасників за новим Кримінальним кодексом України // Право України. – 2001. – № 11. – С. 69–74. 13. *Орловський Р.С.* Кримінальна відповідальність за пособництво вчиненню злочину: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. юрид. акад. України. – Х., 2000. – 175 с. 14. Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями: Пост. Пленуму Верхов. Суду України від 23.12.2005 р., № 13 // Вісн. Верхов. Суду України. – 2006. – № 1. – С. 2–6. 15. *Тельнов П.Ф.* Отграничение подстрекательства от сходных действий // Сов. юстиция. – 1970. – № 9. – С. 9, 10. 16. Уголовное право России: Общ. ч.: Учебник / Под ред. *А.И. Рарога.* – М.: Ин-т междунар. права и экономики, 1998. – 320 с. 17. *Ус О.В.* Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину: Монографія. – Х.: Вид. ФО-П Вапнярчук Н.М., 2007. – 264 с. 18. *Ушаков А.В.* Ответственность за групповые преступления (Общие вопросы): Учеб. пособ. – Калинин: Калинин. гос. ун-т, 1975. – 72 с. 19. *Хакимов И.* Правовые вопросы соучастия в хищении социалистического имущества: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Свердлов. юрид. ин-т. – Свердловск, 1975. – 34 с. 20. *Царегородцев А.М.* Разграничение действий организатора преступления и подстрекателя // Сов. юстиция. – 1974. – № 8. – С. 8–10.

Надійшла до редакції 04.10.2007 р.