

УДК 343.235

**Ю.Ю. ЛЕМІШКО**, Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

## **ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ З ВИКОРИСТАННЯМ МАЛОЛІТНЬОГО ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ОБТЯЖУЄ ПОКАРАННЯ**

**Ключові слова:** обставини, які обтяжують покарання, втягнення малолітнього у вчинення злочину, вчинення злочину з використанням малолітнього

У теорії кримінального права значна увага приділяється дослідженням обставин, які обтяжують покарання, що свідчить про їх важливе кримінально-правове значення. Питання, пов'язані з правовою природою таких обставин, їх визначенням, співвідношенням із кваліфікуючими обставинами, ступенем впливу на вибір конкретної міри покарання, тощо, в науці кримінального права вирішували в своїх працях такі вчені, як М.І. Бажанов, Є.В. Благов, І.І. Карпець, Г.А. Крігер, Л.Л. Кругліков, Н.Ф. Кузнецова, Б.О. Курінов, О.О. Мясніков, О.Д. Соловійов, В.І. Ткаченко, В.І. Зубкова, М.М. Становський, Т.В. Непомняща тощо. Обставини, які обтяжують покарання, переважно досліджувались разом із пом'якшуючими обставинами в контексті проблем призначення покарання чи визначення загальних засад його призначення. Здебільшого такі дослідження ґрунтувались на радянському кримінальному законодавстві. Проте з прийняттям КК України 2001 р. норми, що регулюють призначення покарання за наявності обтяжливих обставин, зазнали суттєвих змін. Їх перелік, передбачений у ч.1 ст.67 КК, був змінений та доповнений. Більшість із зазначених у ньому обставин викладено законодавцем у новій редакції, що в свою чергу вплинуло на сферу їх застосування. У зв'язку з цим є необхідність розкрити зміст окремих обставин, які обтяжують покарання.

Однією з найбільш дискусійних обтяжливих обставин за КК України 1960 р. була вказівка в п.7 ст.41 КК 1960 р. на «підбурення неповнолітніх до вчинення злочину або залучення неповнолітніх до участі у злочині». Між тим, за ст.208 КК 1960 р. передбачалося кримінальну відповідальність за *втягнення* неповнолітніх у злочинну діяльність. Деякі криміналісти вважають, що між цією статтею та п.7 ст.41 КК 1960 р. існує колізія. На їх думку, вона полягає в тому, що якщо при призначенні покарання винному за такі дії враховувати ще й обставину, зазначену в п.7 ст.41 КК, то це призведе до порушення одного із найважливіших принципів кримінального права – *non bis in idem*, бо особа буде відповідати за одне й те саме діяння двічі [1, с.125,126; 2, с.135].

У ст.304 КК було збережено кримінальну відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність. Законом України від 01.10.2008 р. зазначена стаття була доповнена ч.2, що містить кваліфікований склад злочину, відповідно до якого підвищену кримінальну відповідальність становить втягнення у злочинну діяльність *малолітньої особи*. Окрім зазначеної загальної норми чинне кримінальне законодавство передбачає ще сім спеціальних норм, що встановлюють відповідальність за втягнення (або залучення) таких осіб до вчинення тих чи інших суспільно небезпечних діянь. Це норми, закріплені в ч.3 ст.300, ч.4 ст.301, ч.3 ст.302, ч.4 ст.303, ч.3 ст.307, ч.3 ст.309, ч.2 ст.317 КК.

Водночас український законодавець виклав аналогічну обтяжливу обставину в п.9 ч.1 ст.67 чинного КК у наступній редакції: «вчинення злочину із *використанням* малолітнього...». Постає закономірне питання: чи подолана колізія між п.9 ч.1 ст.67 КК та ч.2 ст.304 КК? Тому метою цієї статті є спроба надати на нього аргументовану відповідь, а також звернути увагу на помилки, яких припускаються суди при індивідуалізації покарання за втягнення малолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність. Її новизна полягає в тому, що це є перше після прийняття КК 2001р. дослідження, що

присвячене змісту зазначеної обставини, яка обтяжує покарання.

Для вирішення поставленого питання необхідно проаналізувати зміст понять «втягнення» і «використання». Відповідно до тлумачного словника С.І. Ожегова, «використати» означає скористатися (користуватися) будь-ким або будь-чим, спожити (споживати) з користю [3], а «втягнути» означає спонукати, залучити до участі в будь-чому [3]. Згідно з тлумачним словником В.І. Даля, «використати» означає вилікувати [4] (як ми бачимо, зміст, що вкладає в це поняття, є застарілим і не може використовуватися для нашого дослідження), а «втягнути» – спокусити до будь-якої справи, заманювати, заплутувати, примусити взяти участь [4].

Таким чином є підстави вважати, що коли в нормі кримінального закону йдеться про вчинення злочину з використанням малолітнього, то мається на увазі, що суб'єкт злочину (доросла особа) скористався малолітньою особою (яка не є суб'єктом злочину, оскільки не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність) для вчинення суспільно небезпечного діяння. Сутність такого використання полягає в тому, що малолітня особа вже вчиняє або вчинила ті чи інші суспільно небезпечні дії (бездіяльність). При цьому усвідомлення злочинного характеру власних дій малолітньою особою не є обов'язковим. Воно може бути і відсутнім, якщо вона сприймає свої дії, як звичайне виконання дружнього прохання. Таке використання матиме місце, наприклад, якщо дорослий попросить підлітка віднести якомусь незнайомцю коробку сірників, в якій містяться наркотики, або не зачинити на подвір'ї сарай, де зберігається майно, яке потім буде викрадено, тощо.

Використовувати малолітнього у вчиненні злочину можна не лише для вчинення злочину (виконання його об'єктивної сторони), а й для участі в його вчиненні, тобто виконання ролі іншого співучасника – пособника, підбурювача, і навіть організатора злочину [5, с.101]. Така участь може полягати і в заздалегідь обіцяному прихованні

слідів злочинної діяльності дорослих. Останнє буде мати місце тоді, коли доросла особа залишає у малолітнього дома на зберігання вузли з викраденими речами, заспокоївши останнього тим, що він не нестиме за ці дії кримінальної відповідальності.

У свою чергу, «втягнути неповнолітнього в злочинну діяльність» означає спонукати, змусити неповнолітнього взяти участь у вчиненні злочину, і передбачає, що в результаті певних дій з боку дорослого (спокушення, заманювання, заплутування, примусу) малолітній вчинить злочин у майбутньому. Майже таке ж значення в термін «залучення неповнолітнього в злочинну діяльність» вкладає і Пленум Верховного Суду України, коли в абз.1 п.5 своєї постанови від 27.02.2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» роз'яснює, що під втягненням неповнолітнього в злочин 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. В абз.5 п.5 даної постанови зазначено, що відповідальність за втягнення неповнолітніх в злочинну чи іншу антигромадську діяльність настає у випадках вчинення ним хоч б одного злочину [6, с.17]. Тобто, втягнення має місце до вчинення злочину підлітком і полягає у таких діях з боку дорослої особи, внаслідок яких у малолітнього виникає намір (умисел) вчинити злочин (якщо він усвідомлює, що його дії носитимуть злочинний характер) або рішучість виконати прохання винного (у випадках, якщо підліток не усвідомлює злочинного характеру своїх майбутніх дій, бо його було залучено до вчинення злочину шляхом обману).

Таким чином, використання завжди включає в себе в якості початкового етапу (початкового елементу) втягнення малолітнього в злочин, незважаючи на те, чи усві-

домлює останній злочинний характер власних дій, і завжди полягає у вчиненні певних дій на користь того, хто використовує. Що ж стосується втягнення, то воно може завершитися самим фактом підбурювання особи до участі в злочині, коли у неї хоча і виникає рішучість вчинити певні дії, проте вона не втілює їх у дійсність, а отже подальше використання такої особи у злочині відсутнє.

Отже, використання малолітнього у вчиненні злочину завжди припускає попереднє втягнення його у вчинення злочину, тоді як втягнення такої особи у злочин може бути здійснено і без подальшого її використання. Якщо ж втягнення призводить до наступного використання малолітнього в якості виконавця чи учасника цього злочину, незалежно від усвідомлення останнім цього факту, то таке використання повинно враховуватися як обставина, що обтяжує покарання. Крім того, потрібно зауважити, що використання малолітнього у вчиненні злочину виступає обтяжливою обставиною не самого втягнення малолітнього в злочинну діяльність (злочин, передбачений ч.2 ст.304 КК), а того злочину, в якому використовувався малолітній.

Підсумовуючі викладене, слід визнати, що жодної колізії між п.9 ч.1 ст.67 КК та ч.2 ст.304 КК немає. Суд не має права посилатися на п.9 ч.1 ст.67 КК в одному єдиному випадку – при невдалому підбурюванні малолітнього до вчинення злочину. Останнє передбачає невдалу спробу залучити таку особу до злочинної діяльності без його подальшого використання у тому злочині, що прагнув вчинити винний. Згідно з абз.4 п.7 вищезгаданої постанови від 27.02.2004 р. зазначені дії дорослої особи мають кваліфікуватися за ст.304 УК і за готування до злочину, у вчинення якого він намагався втягнути неповнолітнього [6, с.17].

Аналіз судових вироків у частині призначення покарання за ч.2 ст.304 КК показав, що суди, на жаль, не завжди правильно вирішують питання про індивідуалізацію покарання винному за втягнення ним малолітнього у злочинну діяльність.

Судова практика йде тут двома шляхами. У першому випадку при призначенні покарання взагалі вказують на відсутність у справі обставин, які обтяжують покарання. Показовим є вирок Садгорського районного суду м. Чернівці від 25.06.2010 р. (справа № 1-127/2010 р.), за яким було доведено, що підсудні А. і Б. вирішили вчинити крадіжку сумки, що лежала на столі в кафе торговельно-розважального комплексу. Розуміючи, що вони можуть бути викриті на місці вчинення злочину, А. і Б. залучили свого малолітнього племінника Г. до вчинення злочину шляхом обману. Вони повідомили йому, що сумка належить їхньої матері, якій в той момент з ними не було, і попросили принести її. Малолітній Г. підійшов до столу, взяв сумку і відніс її підсудним в туалет, де вони його очікували. Їх дії були кваліфіковані за ч.2 ст.185 КК як «крадіжка, вчинена групою осіб за попередньою змовою», та ч.2 ст.304 КК як «втягнення малолітньої особи в злочинну діяльність».

При обранні міри покарання підсудним А. і Б. суд, урахувавши ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винних, які раніше не мали судимості, щиро розкаялися у вчиненому та активно сприяли розкриттю злочину, позитивно характеризувалися за місцем проживання, на обліку в наркологічному і психоневрологічному диспансері не перебували, прийшов до висновку, що їх виправлення можливе без ізоляції від суспільства. За сукупністю злочинів суд призначив кожній із підсудних покарання у вигляді 4 років позбавлення волі. На підставі ст.75 УК вони були звільнені від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на 1 (один) рік [7].

У розглянутому прикладі слід звернути увагу на те, наскільки не відповідає вимогам закону мотивувальна частина вироку. По-перше, суд не уточнює, які з перелічених відомостей є обставинами, які пом'якшують покарання, а які – даними про особу винного. По-друге, не вказано і на наявність або відсутність обставин, які обтяжують покарання. Лише із загального змісту впли-

ває, що суд не виявив у цій справі жодних обтяжливих обставин.

У другому випадку в тотожних справах суди вбачають наявність обставини, яка обтяжує покарання. Проте в такій якості всупереч логіці виступає обставина, передбачена в п.6 ч.1 ст.67 КК – «вчинення злочину щодо малолітнього...».

Так, вироком Талалаєвського районного суду Чернігівської області від 16.11.2010 р. (справа № 1-87/2010 р.) А. була засуджена за ч.1 ст.185 КК за крадіжку, та ч.2 ст.304 КК за втягнення малолітнього у злочинну діяльність. Згідно з обставинами справи, підсудна умовила свою малолітню доньку Б. викрасти з шафи в будинку, де вони інколи проживають, гроші, що належали В. Суд призначив підсудній А за сукупністю злочинів покарання у вигляді 4 років позбавлення волі. При обранні міри покарання підсудній суд, керуючись вимогами ст.65 КК, взяв до уваги те, що злочини, вчинені А., належать до злочинів середньої тяжкості і тяжких, обставинами, що характеризують особу винної, є те, що А. заміжня, має на утриманні трьох неповнолітніх дітей, за місцем реєстрації характеризується, як зазначено у вирокі «формально посередньо», не працює, не судима, на обліку у психіатра і нарколога не перебуває. Обставиною, що пом'якшує покарання, суд визнав щире каяття, а обставиною, що обтяжує покарання, – вчинення злочину щодо малолітнього. Суд звільнив А. від реального відбування покарання на підставі ст.75 КК із випробуванням із іспитовим строком 3 роки, оскільки прийшов до висновку, що виправлення підсудної можливе без ізоляції від суспільства [8].

У зазначеній справі урахування в якості обставини, що обтяжує покарання «вчинення злочину щодо малолітнього» є неправомірним, оскільки сутність останньої полягає у тому, що винний використовує вік потерпілого (цей показник прирівнює малолітніх осіб до осіб, що перебувають у беспорядному стані), щоб полегшити вчинення злочину. Це свідчить про те, що у такому суспільно небезпечному діянні малолітня особа є *потерпілою*, а не виконує у ньому роль

співвиконавця, як має місце в наведеному прикладі.

Таким чином, можна підсумувати наступне:

1. Виклавши таку обтяжливу обставину за КК 1960 р., як «підбурення неповнолітніх до вчинення злочину або залучення неповнолітніх до участі у злочині» у новій редакції (п.9 ч.1 ст.67 КК), законодавець вирішив колізію, що існувала між зазначеною обставиною, що обтяжує покарання, та складом злочину, передбаченим у ч.2 ст.304 КК (ст.208 КК 1960 р.)

2. Різниця між «вчиненням злочину з використанням малолітнього» та «втягненням малолітнього у злочинну діяльність», полягає в тому, що *використання завжди* припускає *попереднє втягнення* підлітка у вчинення злочину, тоді як *втягнення* у злочин може бути здійснено і *без подальшого використання* (у випадках невдалого підбурювання).

3. Якщо ж втягнення призвело до наступного використання малолітнього, коли він вчиняє злочин чи бере участь у ньому, незалежно від усвідомлення ним цього факту, то таке використання повинно враховуватися як обставина, що обтяжує покарання. В цьому випадку вчинення злочину з використанням малолітнього виступає обтяжливою обставиною не самого втягнення малолітнього в злочинну діяльність (злочин, передбачений ч.2 ст.304 КК), а того злочину, в якому використовувався малолітній.

4. Аналіз судової практики у справах про втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність свідчить, що суди, на жаль, ще припускаються помилок при індивідуалізації покарання щодо винних, які вчиняють злочин з використовують малолітніх осіб, оскільки не враховують таке використання як обставину, що обтяжує покарання, передбачену п.9 ч.1 ст.67 КК. Останнє, на нашу думку, пов'язано з тим, що слідчо-судова практика не завжди вірно визначає значення обтяжливої обставини, що аналізується.

5. Виправити ситуацію, що склалася на практиці, можна, на нашу думку, шляхом доповнення постанови Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2004 р. № 2 окремим пунктом, приміром наступного змісту: при

призначенні покарання за втягнення малолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність судам слід мати на увазі, що обставиною, яка обтяжує покарання, за злочин, вчинений малолітнім, виступає передбачена п.9 ч.1 ст.67 КК обставина, така як «вчинення злочину з використанням малолітнього».

### ЛІТЕРАТУРА

1. Велиев С. А. Индивидуализация уголовного наказания / С. А. Велиев, А. В. Савенков. – М. : РОХОС, 2005. – 216 с.
2. Буранов Г. К. Отягчающие наказание обстоятельства в уголовном праве России: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.08 / Буранов Георгий Константинович. – Ульяновск, 2003. – 242 с.
3. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / С. И. Ожегов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ozhegov.org>.

4. Даль В. И. Толковый словарь русского языка / В. И. Даль [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://vidahl.agava.ru>.

5. Ус О. В. Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину : монографія / О. В. Ус. – Х. : Вид-ць ФО-П Вапнярчук Н. М., 2001. – 264 с.

6. Постанова Пленуму Верховного Суду «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» : від 27.02.2004 р., № 2 // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 4. – С. 16–19.

7. Справа № 1-127/2010 р. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10251931>.

8. Справа № 1-87/2010 р. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12289806>.

*Лемішко Ю. Ю. Вчинення злочину з використанням малолітнього як обставина, що обтяжує покарання / Ю. Ю. Лемішко // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 463–467 [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11jjcop.pdf>*

Розкрито зміст такої обтяжливої обставини, як «вчинення злочину з використанням малолітнього...» (п.9 ч.1 ст.67 КК). Вказані типові помилки, які допускають суди при вирішенні питань про індивідуалізацію покарання винному за втягнення малолітнього у злочинну діяльність. Щоб уникнути таких помилок у майбутньому, автором запропоновано внести доповнення до відповідної Постанови Пленуму Верховного Суду.

\*\*\*

*Лемішко Ю.Ю. Совершение преступления с использованием малолетнего как обстоятельство, которое обременяет наказание*

Раскрыто содержание такого отягчающего обстоятельства, как «совершение преступления с использованием малолетнего...» (п.9 ч.1 ст.67 УК). Указаны типичные ошибки, которые допускают суды при решении вопросов об индивидуализации наказания виновному за вовлечение малолетнего в преступную деятельность. Чтобы избежать таких ошибок в будущем, автором предложено внести дополнения в соответствующее Постановление Пленума Верховного Суда.

\*\*\*

*Lemishko JU.JU. Crime Execution with Usage Juvenile as Condition which One Encumbers Punishment*

Disclosed the contents of such aggravating circumstances as «using a minor to commit a crime...» (p.9 p.1 cl.67 CC). Indicated the typical mistake that the courts in matters of individualization of punishment to the guilty of a minor engaging in criminal activity. To avoid such mistakes in the future, the authors proposed to amend the relevant Resolution of the Plenum of the Supreme Court.