

УДК 343.221: 343.7

Кузьмін Сергій Аркадійович – старший науковий співробітник Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

До питання кримінально-правового визначення учасника організованої групи корисливо-насильницької спрямованості

У статті досліджено проблемні питання, пов'язані з кримінально-правовим визначенням учасника організованої групи корисливо-насильницької спрямованості. В контексті вирішення практичних проблем кваліфікації визначаються та досліджуються особливості застосування кваліфікуючої ознаки “вчинення злочину організованою групою” до конкретних учасників такого виду злочинних угруповань. Автором надаються та обґрунтовуються пропозиції щодо удосконалення вітчизняного кримінального закону.

Ключові слова: суб'єкт злочину, учасник організованої групи, ексцес виконавця, ексцес співучасника, спеціальний суб'єкт злочину, банда, учасник банди.

Станом на сьогодні загально визнано, що однією із найбільш суспільно-небезпечних внутрішніх загроз для нашої держави є і залишається явище організованої злочинності, що станом на сьогодні створює як реальні, так і потенційні загрози значному колу прав та інтересів громадян, держави і суспільства в цілому. В загальній системі організованої злочинності найбільшу небезпеку для забезпечення охорони життя людини, її здоров'я, честі, гідності та недоторканості, проголошених ч. 1 ст. 3 Конституції України найвищою соціальною цінністю, становить діяльність організованих груп корисливо-насильницької спрямованості [1]. Отже, дослідження проблем, пов'язаних із кримінально-правовою кваліфікацією діяльності таких груп станом на сьогодні видається безумовно актуальним.

Доктринальні питання за даною проблематикою безпосередньо досліджувались у наукових працях як “класиків” радянського криміна-

льного права зокрема, М. П. Карпушина, Г. А. Крігера, В. К. Кудрявцева, В. Д. Меньшагіна, В. І. Пінчука, В. С. Прохорова, М. Д. Шаргородського та інші, а також працях провідних українських вчених, а саме М. І. Бажанов, О. Ф. Бантишев, Ю. В. Бауліна, В. І. Боярова, Ф. Г. Бурчака, В. В. Бедриківського, В. В. Голіни, В. О. Глушкова, В. П. Ємельянова, А. П. Закалюка, Я. Ю. Кондратьєва, О. М. Литвинова, Б. В. Максименка, М. І. Мельника, Г. В. Новицького, М. І. Панова, М. А. Погорецького, Б. В. Романюка, М. В. Семикіна, Є. Д. Скулиша, С. М. Тарарухіна, В. А. Тимошенка, В. Ф. Ущиповського, Р. Л. Чорного та ін.

У той же час, досить часто в ході практичного застосування норм Особливої частини кримінального закону, до учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості, виникають теоретичні та практичні проблеми із визначенням меж відповідальності їх учасників за вчинення конкретних злочинів та застосуванням до конкретного учасника кваліфікуючої ознаки “вчинення злочину організованою групою”.

Метою даної роботи є дослідження та систематизація доктринальних положень застосування інституту співучасті у злочині при кваліфікації злочинних діянь осіб, які входять до складу організованих груп корисливо-насильницької спрямованості.

Принциповим, з точки зору застосування кваліфікуючої ознаки “учасник організованої групи” є момент виходу учасника із складу організованої групи. Варто зазначити, що у ряді випадків це має принципове значення для визначення обставин, що виключають можливість його відповідальності за злочини, вчинені групою після моменту виходу з неї цього учасника. Слід мати на увазі, що діючи у складі організованої групи, всі учасники виконують певну рольову участь у загальному плані злочинної діяльності групи. Отже, навіть фактично вийшовши зі складу організованої групи, конкретний учасник тим не менше вже брав участь у реалізації загального злочинного плану та його поетапній реалізації, а, отже, він брав участь у реалізації (принаймні на стадії готування) злочинів, обумовлених планом злочинної діяльності.

Таким чином, можливі дві альтернативні умови за наявністю яких колишньому учаснику не можуть бути поставлені у вину злочини, вчинені групою після його виходу з неї: факт внесення до загального скорегованого плану подальшої злочинної діяльності групи скоєння нових злочинів вже після виходу з неї такого учасника, або за наявності в діях учасника ознак добровільної відмови.

У першому випадку, обставини, що впливають на відсутність підстав для відповідальності за наступні злочини, виникають поза межами як волевиявлення особи, так і за межами її діянь, вони не потребують ніякого її втручання.

У другому випадку, необхідною є активна поведінка особи, що підпадає під ознаки добровільної відмови співучасника, спрямована на відвернення вчинення подальших злочинів.

Певні особливості в контексті застосування Кримінального закону щодо учасників організованих груп мають випадки так званого “ексцесу виконавця”.

Згідно з теорією кримінального права, ексцес виконавця – це вчинення виконавцем діяння, що не охоплювалось ні прямим, ні непрямим умислом інших співучасників, водночас це діяння містить склад самостійного злочину або додаткові кваліфікуючі ознаки [2, с. 120]. Наприклад, учасники групи домовляються про крадіжку з помешкання, а виконавець убиває господарів. У цьому випадку відповідальність за вбивство несе лише виконавець.

Частина 5 статті 29 КК України передбачає саме таку ситуацію: “...співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалось їхнім умислом” [3].

Проте, автор вважає, що зазначене теоретичне визначення, так само як і його законодавче закріплення в контексті його застосування до учасників організованої групи, є занадто вузьким і невідображаючим реальні кримінологічні й криміналістичні особливості як злочинної діяльності організованих груп взагалі, так і організованих груп корисливо-насильницької спрямованості, зокрема.

Автор вважає, що подібні випадки, вчинені співучасником групи осіб за попередньою змовою, тим більше учасником організованої групи, не мають обмежуватись виключно виконавцем конкретного злочину, вчиненого групою, а можуть у рівній мірі відноситись до всіх без виключення співучасників.

По-перше, в організованій групі, а тим більше в організованій групі корисливо-насильницької спрямованості, досить важко проводити поділ учасників на виконавців, організаторів, підбурювачів і посібників, оскільки всі учасники такої групи діють як єдине ціле, як єдиний механізм. Крім того, практична потреба в цьому відсутня, оскільки це ніяк не впливає а ні на кваліфікацію, а ні на обсяг інкримінування.

По-друге, навіть при застосуванні традиційного підходу щодо поділу співучасників на види, ексцес фактично може мати місце не тільки з боку виконавця, а і будь-якого іншого співучасника. Наприклад, організатор злочину, плануючи напад на об’єкт, не ставить до відома інших учасників, що на ньому зберігаються радіоактивні матеріали, хоча сам володіє такою інформацією. За таких умов, іншим співучасникам злочину не може бути інкриміновано ст. 261 КК України (Напад на об’єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену не-

безпеку для оточення). Отже, в даному випадку варто говорити про “ексцес організатора”. Пособник, який надає для вчинення нападу виконавцю газовий пістолет, вказує що у патронах міститься газ, що має подразнюючу дію, хоча фактично, що відомо пособнику, в боєприпасах міститься отруйна речовина нервово-паралітичної дії, яка неодмінно призведе до смерті потерпілого, а також людей, які випадково опиняться у приміщенні чи поряд із місцем застосування такого боєприпасу. Отже, в даному випадку відносно умисного вбивства способом, небезпечним для життя багатьох осіб (п. 5 ч. 2 ст. 115 КК України), маємо “ексцес пособника”. Важливо зазначити, що сукупність злочинів при ексцесі співучасника може бути як ідеальною, так і реальною, що об’єктивно впливає із специфіки вчинюваних злочинних діянь, що для інших співучасників переходить із категорії діяння у категорію події, тобто не залежить від їх волевиявлення.

На цій підставі, автор робить висновок про те, що застосовуваний у теорії кримінального права термін “ексцес виконавця” має бути доповнений терміном “ексцес співучасника” – організатора, виконавця, пособника, підбурювача. В контексті ж організованих груп більш вірно іменувати подібні випадки терміном “ексцес учасника організованої групи”.

Таким чином, при ексцесі співучасника має місце наявність принаймні однієї із таких ознак:

- посягання відбувається не на той об’єкт кримінально-правової охорони, який охоплювався умислом інших співучасників;
- фактично вчиняються діяння, що не охоплювались умислом інших співучасників;
- за результатами фактично вчиненого діяння настають такі злочинні наслідки, які не охоплювались умислом інших співучасників [4, с. 107].

На підставі викладеного, автор пропонує норму ч. 5 ст. 29 КК України викласти у такій редакції: “Особа, яка діяла у співучасті не підлягає кримінальній відповідальності, як співучасник, за діяння та його наслідки, у випадку якщо вони не охоплювались його умислом”.

У випадку ексцесу учасника організованої групи, ми маємо говорити не тільки про відсутність умислу спрямованого: на посягання на конкретний об’єкт кримінально-правової охорони; на вчинення конкретного злочинного діяння з боку інших учасників групи та про відсутність умислу до настання певного злочинного результату, а й про те, що таке злочинне діяння та такий злочинний результат не охоплювались загальним планом, доведеним до відома усіх учасників організованої групи.

Отже, мета, якої прагнув учасник, з боку якого мав місце ексцес учасника, повинна мати виключно індивідуальний характер та не співпадати із загальною метою діяльності групи.

При цьому, необхідно мати на увазі, що в організованій групі ексцес учасника не обов'язково має виходити від однієї особи. Зокрема, в організованих групах корисливо-насильницької спрямованості досить ймовірним є наявність попередньої змови про вчинення такого ексцесу учасника з боку окремих учасників такої групи. Зокрема, це може стосуватись випадків, коли між учасниками групи відбувається боротьба за лідерство у групі, за поділ прибутків або сфер впливу тощо. Отже, в організованій групі ексцес учасника може носити груповий характер, не виключеною є також можливість утворення у системі організованої групи корисливо-насильницької спрямованості "внутрішньої" організованої групи, що має свою індивідуальну мету, як правило, пов'язану із збільшенням впливу певних учасників групи на характер та управління злочинною діяльністю угруповання. Зокрема, як впливає із досліджень В. І. Боярова, що для більшості організованих груп корисливо-насильницької спрямованості характерним є спрямування до розширення своєї діяльності, збільшення злочинних формувань шляхом поглинання більш слабких, а також наявністю, крім спрямованих до центру, об'єднуючих факторів і центробіжних сил, що призводить до виходу із особливо великих угруповань окремих організованих кримінальних формувань [5, с . 29].

Як вже було зазначено вище, відповідно до принципу суб'єктивного інкримінування, учасник організованої групи не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за ті злочини, вчинені організованою групою, віку настання кримінальної відповідальності за які він не досяг. Зазначена обставина може вплинути як на загальний кількісний показник чисельності організованої групи при вчиненні нею конкретного злочину, так і на необхідність застосування до конкретного учасника замість спеціальної норми загальної норми, у випадку конкуренції норм.

Зокрема, на практиці цілком можливою є ситуація, коли серед сукупності злочинів, скоєних організованою групою, є такий, кримінальна відповідальність за який, відповідно до ч. 1 ст. 22 КК України настає з шістнадцяти років. Отже, учаснику (учасникам) організованої групи, які не досягли зазначеної вікової межі, такий злочин інкриміновано бути не може, не дивлячись на те, що вчинення цього злочину охоплювалось загальним планом злочинної діяльності. За таких умов, варто звертати увагу на кількісний показник тих учасників організованої групи, яким може бути інкриміновано зазначений (зазначені) злочини. За умов, коли цей показник виявиться меншим, ніж мінімальний встановлений законодавством (ч. 3 ст. 28 КК України), для організованої групи (три особи) кваліфікуюча ознака "організована група" до саме цих епізодів злочинної діяльності застосовуватись не може. Отже,

такі діяння мають кваліфікуватись окремо, як вчинені за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 28 КК України).

Потрібно мати на увазі, що у ряді випадків кримінальна відповідальність можлива лише за злочини, які вчинені особами, що досягли вісімнадцятирічного віку, тобто повнолітніми [6, с. 102]. До таких злочинів, хоч про це безпосередньо не сказано в КК України, необхідно віднести, наприклад, втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК України “Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність”). Отже, навіть за наявності у діянні неповнолітнього учасника організованої групи усіх ознак зазначеного діяння, наприклад, при вербуванні до складу групи нового учасника, йому, на відміну від інших повнолітніх учасників групи, не може бути інкриміновано цей злочин.

Проблемні питання, пов'язані з віковою характеристикою суб'єкта злочину – учасника організованої групи, можуть виникнути при кваліфікації злочинів, учинених організованою групою за наявності конкуренції загальної та спеціальної норми щодо конкретного діяння (діянь). Зокрема, при вчиненні організованою групою діяння, передбаченого ч. 3 ст. 206 КК України (Протидія законній господарській діяльності), діяння учасника такої групи, який не досяг шістнадцятирічного віку мають бути кваліфіковані, виключно залежно від обставин і наслідків діяння, за однією із загальних норм (наприклад, “Умисне тяжке тілесне ушкодження” (ст. 121 КК України) тощо).

Із віковою характеристикою учасника на практиці можуть бути пов'язані й випадки застосування до учасників норм Особливої частини КК України, що передбачають наявність спеціального суб'єкта, який має мінімальний нормативно встановлений вік, більший ніж шістнадцять років.

Зокрема, спеціальним суб'єктом злочинів, передбачених Розділом XIX Особливої частини КК України (Злочини проти встановленого порядку проходження військової служби (Військові злочини)) у відповідності з ч. 2 ст. 401 КК України можуть бути лише військово-службовці, а також інші особи, визначені законом. Однак, співучасниками цього злочину можуть бути і цивільні особи. Отже, такі злочини, за умови їх належності до категорії умисних та їх охоплення загальним планом злочинної діяльності угруповання, можуть бути інкриміновані й всім учасникам організованої групи. При цьому, враховуючи високий ступінь внутрішнього (суб'єктивного) зв'язку її членів, учасники організованої групи повинні відповідати як співвиконавці за відповідною нормою статті Особливої частини Кримінального кодексу [3]. Крім того, необхідно зазначити, що за таких умов факт недосягнення загальним суб'єктом – учасником організованої групи віку, встановленого для спеціального суб'єкта, не може бути підставою для відмови від інкримінування цьому учаснику групи участі в учиненні такого злочину.

Таким же чином мають кваліфікуватись і діяння учасників організованих груп, що через причетних до їх злочинної діяльності працівників правоохоронних органів займаються протиправною діяльністю, з метою перешкоджання повному та об'єктивному розслідуванню кримінальної справи або проведенню дослідчої перевірки. До речі, така форма може бути віднесена до однієї з типових форм правопорушень, що допускаються співробітниками правоохоронних органів у ході службової діяльності, пов'язаної з проведенням дослідчих перевірок і розслідуванням кримінальних справ [7, с. 156–157]. За результатами анонімного анкетування співробітників слідчих і наглядових підрозділів органів прокуратури, 57 % респондентів оцінюють рівень ураження органів внутрішніх справ України корупційними зв'язками в організованих злочинних формуваннях як високий [4, с. 110]. Важливо, що для організованих груп корисливо-насильницької спрямованості така діяльність є невід'ємним елементом забезпечення тривалого періоду її злочинної діяльності через приховування злочинів, учинених її учасниками та “виведення” з-під кримінальної відповідальності вже затриманих при вчиненні злочинів учасників.

Певні проблеми на практиці можуть виникнути при визначенні меж відповідальності у випадках наявності у діяннях учасників організованої групи корисливо-насильницької спрямованості складу злочину, передбаченого ст. 257 КК України (Бандитизм).

Свого часу С. А. Тарарухін зазначав, що бандитизм слід відмежовувати від злочинів, що скоєні організованими групами, а сам бандитизм є співучастю особливого роду [8, с. 76]. З цим варто погодитись і в контексті положень діючого на сьогодні Кримінального закону, оскільки банду дійсно, за певних умов, можливо розглядати у двох аспектах: по-перше, як різновид організованої групи; по-друге, як самостійну кримінально-правову категорію, яку лише умовно можливо віднести до виду співучасті, оскільки законодавець у ст. 257 КК України (Бандитизм) прямо передбачає кримінальну відповідальність як за організацію банди, так і за участь у ній або вчинених нею нападах.

Таким чином, межі відповідальності учасників організованої групи та учасників банди не співпадають. За бандитизм має нести відповідальність особа, яка не є постійним учасником банди, тобто, яка не пов'язана з іншими учасниками та з самим цим злочинним угрупованням а ні єдиним планом злочинної діяльності, а ні ознакою стійкості, а ні ознакою зорганізованості. Отже, фактично можуть і не співпадати ознаки цих видів злочинних угруповань, що перешкоджає ототожненню правових категорій, що розглядаються.

Таким чином, на думку автора, навряд чи обґрунтованою можна визнати позицію Пленуму Верховного суду України, який у п. 17 вже

вищезгаданої своєї Постанови № 13 від 23 грудня 2005 року “Про практику розгляду судами кримінальних прав про злочини, вчинені стійкими злочинними об’єднаннями” визначає банду, як озброєну організовану групу, яка попередньо створена з метою вчинення кількох нападів на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб або одного такого нападу, який потребує реальної довготривалої підготовки [9, с. 373].

Теза, зафіксована у тому ж 17-му пункті згаданої Постанови, про те, що під бандою слід визнавати злочинну організацію, яка, також, попередньо створена з метою вчинення кількох нападів на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб або одного такого нападу, який потребує реальної довготривалої підготовки [9, с. 374], автор даного дисертаційного дослідження вважає абсурдною, оскільки, її реалізація на практиці неодмінно призведе до колізії норм Кримінального права. За таких умов діяння учасників такої “бандо-злочинної організації” необхідно кваліфікувати одночасно і як бандитизм (за ст. 257 КК України), і як створення злочинної організації (за ч. 1 ст. 255 КК України), що протирічить принципу суб’єктивного інкримінування (вмінення). За таких умов мова також не може йти і про конкуренцію норм, оскільки сукупність злочинів (як ідеальна, так і реальна) у даному випадку також відсутня.

На думку автора, причина такого хибного тлумачення норм Кримінального законодавства з боку Пленуму Верховного Суду України безпосередньо випливає із змішування та отождоження ним зовсім різних за своєю юридичною природою кримінально-правових категорій: організованої групи, злочинної організації та банди. А, отже, чинність п. 17 зазначеної Постанови Пленуму Верховного Суду України доцільно було б скасувати.

За своєю кримінологічною характеристикою банда, безумовно, належить до одного, при цьому найбільш суспільно небезпечного, підвиду організованих груп корисливо-насильницької спрямованості. Проте, через відсутність повного збігу загальних елементів кримінально-правової характеристики банди та організованої групи не може бути отождожений зміст ознак кримінально-правової характеристики учасника організованої групи (зокрема, і корисливо-насильницької спрямованості) та учасника банди. За таких умов, кримінально-правова характеристика учасника банди є більш широкою, ніж кримінально-правова характеристика учасника організованої групи.

Тобто, у випадку, якщо учасники організованої групи вчиняють бандитизм, то й група, безумовно, є бандою. Учасники такої організованої групи мають нести відповідальність як за бандитизм (за ст. 257 КК України), так і за всі інші злочини, вчинені такою групою, при цьому, за наявності у статті Особливої частини КК України, що інкримінується, відпо-

відної спеціальної норми, до них в обов'язковому порядку застосовується кваліфікуюча ознака "вчинений організованою групою". За таких умов, кримінально-правова характеристика поняття "учасник банди" (участь особи у банді) повністю підпадає під кримінально-правову характеристику поняття "учасник організованої групи", а кримінологічна характеристика поняття "учасник банди" – під кримінологічну характеристику поняття "учасник організованої групи корисливо-насильницької спрямованості".

Однак, як вже наголошувалося вище, відповідно до диспозиції ст. 257 КК України, за бандитизм має нести кримінальну відповідальність і особа, яка брала участь у нападі, вчиненому бандою. Зі змісту диспозиції зазначеної норми Кримінального закону випливає, що така особа не є постійним учасником злочинного формування, її участь у діяльності банди не є постійною (участь особи у нападах взагалі може бути одноразовою), не має спільної з іншими учасниками такого формування злочинної мети, не обов'язкова навіть обізнаність у загальному плані злочинних діянь організованої групи та про свою рольову участь у виконанні цього плану. Отже, така особа ні за яких умов не може розглядатись як учасник організованої групи. Відповідно й кваліфікуюча ознака "вчинений організованою групою" до неї застосовуватись не може. Фактично участь такої особи у злочинній діяльності угруповання має розглядатись та кваліфікуватись як проста форма співучасті у злочині: вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою між собою (ч. 2 ст. 28 КК України).

Список використаних джерел

1. Кузьмін С. А. До питання про наукове визначення об'єктивних ознак організованої групи корисливо насильницької спрямованості / С. А. Кузьмін // Боротьба з організованою злочинністю (теорія і практика) : наук.-практич. журнал. – К. : МНДЦ. – № 21. – 2009. – С. 225–230.
2. Бантишев О. Ф. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Загальна частина / О. Ф. Бантишев, С. А. Кузьмін.: ПАЛИВОДА. А. В., 2010. – 336 с. (Серія "Науково-практичний коментар").
3. Кримінальний кодекс України : офіц. текст. – К. : Вид. "Право", 2001. – 174 с.
4. Кузьмін С. А. Кримінальна відповідальність учасників організованих груп корисливо-насильницької спрямованості : монографія / С. А. Кузьмін. – К.: ПАЛИВОДА А. В., 2011. – 132 с.
5. Бояров В. И. Убийства, совершенные в процессе противостояния организованных преступных группировок (особенности расследования) : [метод. пособ.] / В. И. Бояров. – Харьков : Изд-во "КримАрт", 1997. – 132 с.
6. Александров Ю. В. Кримінальне право України. Загальна частина: [підручник] / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – [вид. 3-те, переробл. та допов.]. – К. : Юрид. думка, 2004. – 352 с.

7. Кузьмін С. А. Щодо виділення типових форм правопорушень, які допускаються співробітниками правоохоронних органів в ході службової діяльності, пов'язаної з проведенням дослідчих перевірок та розслідуванням кримінальних справ. / С. А. Кузьмін // Запобігання злочинам у сфері забезпечення національної безпеки України : мат-ли міжвід. наук.-практ. конф. (Київ, 21 листоп. 2008 р.). – К. : Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2008. – С. 153–157.

8. Тарарухин С. А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике / С. А. Тарарухин. – К. : "Юринком", 1995. – 208 с.

9. Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах / [упоряд. В. В. Рожнова, А. С. Сизоненко, Л. Д. Удалова]. – К. : ПАЛІВОДА А. В., 2010. – 456 с.

В статье исследуются проблемные вопросы, связанные с уголовно-правовым определением участника организованной группы корыстно-насильственной направленности. В контексте решения практических проблем квалификации определены и исследованы особенности применения квалифицирующего признака "совершение преступления организованной группой" к конкретным участникам такого вида преступных формирований. Автором представляются и аргументируются предложения по усовершенствованию национального уголовного законодательства.

The article is dedicated to the problems concerning the criminal-legal definition of the participant of the mercenarily-violent orientation organized group. In a context of the decision of practical problems of qualification the features of the use of the qualifying sign "committing crime by the organized group" to concrete participants of such kind of criminal formations are defined and investigated. The author represents and gives reason offers on the improvement of the national criminal legislation.

Стаття надійшла до журналу 15 жовтня 2011 року.