

ДО ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ «УДАВАНОВОГО» ПОСЕРЕДНИКА У ПІДКУПІ

TO THE QUESTION OF THE CRIMINAL LEGAL ASSESSMENT OF «APPARENT INTERMEDIATOR» ACTIONS IN BRIBERY

Плекан В.В.,

*аспірант кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка,
заступник прокурора Жовківського району*

Статтю присвячено дослідженню актуальних проблем кримінально-правової оцінки дій удаваного посередника в підкупі. Розглянуто наукові підходи, що стосуються кримінально-правової кваліфікації дій удаваного посередника під час одержання або надання неправомірної вигоди службовим особам. Запропоновано законодавчі зміни до статті Кримінального кодексу України з метою вирішення означеної проблеми під час кваліфікації відповідних діянь «удаваного посередника».

Ключові слова: неправомірна вигода, удаваний посередник, підкуп, посередництво, корупційний злочин, кримінально-правова оцінка.

Статья посвящена исследованию актуальных проблем криминально-правовой оценки действий мнимого посредника в подкупе. Рассмотрены научные подходы, которые касаются криминально-правовой квалификации действий мнимого посредника во время получения или предоставления неправомерной выгоды служебным лицам. Предложены законодательные изменения к статье Криминального кодекса Украины с целью решения указанной проблемы во время квалификации соответствующих деяний «мнимого посредника».

Ключевые слова: неправомерная выгода, мнимый посредник, подкуп, посредничество, коррупционное преступление, криминально-правовая оценка.

This article deals with research of urgent problems of criminal legal assessment of the actions of apparent intermediary in bribery. The scientific approaches concerning criminal legal qualification of apparent intermediary in the receiving or giving of illegal benefit to the public officers are considered. Legislative changes to the Criminal Code of Ukraine in order to solve the abovementioned problems concerning legal qualification of «apparent intermediary» actions are proposed.

Key words: illegal benefit, apparent intermediary, bribery, mediation, corruption crime, criminal legal assessment.

Актуальність теми. У кримінально-правовій літературі низка питань, що стосуються кримінальної відповідальності посередника у підкупі, є дискусійними. Серед таких питань є проблема кримінально-правової оцінки дій так званого «удаваного посередника», або «лжепосередника». Разом з тим питання про правильність такої юридичної оцінки дій винного є надзвичайно актуальним, оскільки йдеться не лише про встановлення суб'єктивної сторони вчиненого діяння і вірну кваліфікацію дій винного, а й про чітке встановлення розмежованих ознак суміжних діянь, якими можуть бути посередництво у підкупі та шахрайство.

Метою статті є вирішення проблеми кримінально-правової оцінки дій так званого «удаваного» посередника в підкупі.

Виклад основного матеріалу. Проблема кримінально-правової оцінки дій так званого «удаваного» посередника в підкупі стала предметом дослідження у працях А. Вишинського, Б.В. Волженкіна, Р.А. Гребенюка, О.О. Дудорова, Б.В. Здравомислова, А.К. Квічинії, Т.В. Кондрашової, Б. Коробейникова, М.І. Мельника, М. Орлова, Ю. Солопанова, А. Пінаєва, О.І. Ткачова та інших дослідників.

Посередник в злочинах, пов'язаних з переходом неправомірної вигоди, не завжди може виявитися «добросовісною фігурою», що «належно» виконує взяті на себе обов'язки щодо передачі предмета злочину. Відносно розповсюджена у правозастосовній практиці ситуація «удаваного посередництва» виникає тоді, коли особа, обіцяючи або пропонуючи свої посередницькі послуги, одержує від того, хто надає (чи іншого посередника) неправомірну вигоду нібито для передачі її одержувачу неправомірної вигоди, не маючи реального наміру цього робити і привласнює її.

Розглянемо основні підходи до вирішення цієї проблеми, що пропонувалися в спеціальній науковій літературі. Залежно від джерела ініціювання такої угоди про надання

посередницьких послуг між особою, що має намір надати неправомірну вигоду та «недобросовісним» посередником, слід розрізняти ситуації, коли:

1) ініціатива належить самому посереднику, який таким чином схиляє особу до вручення йому матеріальних цінностей нібито для подальшої передачі їх службовій особі або особі, що надає публічні послуги;

2) також може бути протилежна ситуація, коли сама особа, яка має намір надати неправомірну вигоду та зацікавлена в певній поведінці службової особи публічного, приватного права або особи, що надає публічні послуги, умовляє чи пропонує «удаваному посереднику» передати неправомірну вигоду.

У першому випадку фактично від посередника виходить пропозиція посередництва, а в другому має місце обіцянка такого посередництва, як відповідь на пропозицію з боку потенційного давальника неправомірної вигоди.

Що стосується кримінально-правової оцінки дій такого суб'єкта, який намагався за допомогою посередника передати неправомірну вигоду службовій особі чи особі, що надає публічні послуги, то тут практично не виникає сумнівів у науковців щодо кваліфікації таких дій, як замаху на надання неправомірної вигоди в обох випадках. Як обґрунтовує цю позицію Б.В. Волженкін (її ж відтворюють у своїх наукових працях й інші вчені), суб'єкт не просто виявляє свій намір дати хабар, але і здійснює конкретні дії, безпосередньо спрямовані на вчинення злочину [1, с. 251–255]. Цими діями розпочинається виконання об'єктивної сторони складу злочину по передачі неправомірної вигоди, який не доводиться до кінця з причин, що не залежать від волі особи, яка має намір надати неправомірну вигоду.

У другому з наведених випадків особа, що хоче передати неправомірну вигоду, для досягнення домовленості про її передачу може безпосередньо вступити в змову про передачу неправомірної вигоди зі службовою особою (особою, що надає публічні послуги) без використання посередницьких послуг. Однак на наступному етапі здій-

снення злочинного умислу та реалізації корупційної домовленості між основними її учасниками ця особа може вручити «удаваному посереднику» цінності виключно для їх технічної передачі (тобто залучається тільки фізичний посередник).

Ще в Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику у справах про хабарництво» від 24 червня 1948 р. вказувалося, що «якщо особа, підбурюючи хабародавця, одержує від нього ті або інші цінності нібито для передачі службовій особі в якості неправомірної вигоди, але фактично привласнює їх, то дії цієї особи потрібно кваліфікувати як підбурювання до давання хабара, а дії хабародавця – як замах на давання хабара». Аналогічне роз'яснення містилося і в Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 31 липня 1962 р.

Вивчаючи практику судів, Пленум вказував на неправильність притягнення до відповідальності за шахрайство осіб, що удавано виступають перед хабародавцями в ролі посередників. Такі особи, на думку Пленуму Верховного Суду СРСР, фактично посягали на такий об'єкт злочину, як інтереси державної служби, оскільки підбурювали до давання хабара. Аналогічне рішення ми знаходимо в постанові від 23 вересня 1977 р., правда, з доповненням, що залежно від обставин справи скоєне слід було кваліфікувати і як пособництво. Проте відношення вищої судової інстанції кардинально змінилося з Постановою від 30 березня 1990 р., якою Пленум ВС СРСР порекомендував судам притягати «удаваних посередників» по ст. 147 КК РСФСР 1960 р. (шахрайство) і за умови, що посадовець схиляв хабародавця до давання хабара, додатково кваліфікувати як підбурювання до давання хабара.

Пленум Верховного Суду України в Постанові від 07 жовтня 1994 р. № 12 в абз. 2 п. 10 рекомендував кваліфікувати «дії посадової особи, яка, одержуючи гроші чи інші цінності начебто для передачі іншій посадовій особі як хабара, мала намір не передавати їх, а привласнити не за ст. 168 КК України 1960 р., а за відповідними частинами ст. ст. 143 і 165 КК України як шахрайство і зловживання владою чи посадовим становищем, а за наявності до того підстав – і за відповідними частинами ст. ст. 19, 17 і 170 КК України (підмовництво до замаху на дачу хабара). Особа, яка в такому випадку передала гроші чи цінності, вважаючи, що вона дає хабар, несе відповідальність за замах на дачу хабара». Слід зазначити, що наступна Постанова Пленуму ВСУ від 26.04.2002 р. № 5 відтворила це положення (п. 9).

Роз'яснення вищих судових інстанцій в частині, що стосується кваліфікації дій удаваного посередника піддавалися критиці представниками науки. Б.В. Коробейников і М.Ф. Орлов, зокрема, стверджували, що такий суб'єкт має умисел не на передачу неправомірної вигоди службовій особі, а на її привласнення. Спрямованість умислу злочинця в цьому випадку – основний зміст, а точніше – спосіб вчинення об'єктивної сторони злочину (обман), а також те, що основним безпосереднім об'єктом посягання тут є не суспільні відносини, що забезпечують нормальну діяльність державного і громадського апарату, а також апарату управління підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а право власності, – свідчать про наявність в даному випадку складу злочину проти власності (шахрайства) [2, с. 20].

У тих випадках, коли умисел «удаваного посередника» з самого початку був спрямований на заволодіння майном особи, що мала намір надати неправомірну вигоду, а не на його наступну передачу одержувачу, й від нього виходила ініціатива щодо виконання ним функцій посередника, така особа умисно робить все для того, щоб породити в іншого умисел на надання неправомірної вигоди. Стверджуючи про свої можливості через службових або інших осіб добитися за винагороду бажаної для хабародавця дії або без-

діяльності, «удаваний посередник» здійснює посягання не тільки на право власності, а також і на інтереси державного і громадського апарату, а також апарату управління підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, заподіює шкоду їх авторитету.

Тому в літературі підтримується думка, запропонована Б.В. Здравомисловим кваліфікувати такі дії удаваного посередника як підбурювання до замаху на давання хабара [3, с. 155]. Пленум Верховного Суду СРСР вважав подібні дії підбурюванням до закінченого злочину «Давання хабара», однак вищезазначене рішення, запропоноване Б.В. Здравомисловим, вважається більш обґрунтованим, оскільки «удаваний посередник» фактично схиляв хабародавця вчинити саме замах, усвідомлюючи, що вчинення закінченого злочину надання неправомірної вигоди не відбудеться.

Щодо кваліфікації дій невдалого «хабародавця» (особи, яка мала намір надати неправомірну вигоду), існує й інша точка зору, запропонована Ю.Д. Солопановим. Він вважає, що дії такої особи, що не досягли своєї мети всупереч волі такої особи внаслідок помилки в справжніх намірах посередника, що викликав у неї рішучість на вчинення злочину, мають бути оцінені як замах з непридатними засобами, який об'єктивно не може завдати шкоди об'єкту, що охороняється законом. Тому достатньо позбавити його переданого майна і передати його в дохід держави [4, с. 47]. А.Я. Вишинський також стверджував, що відповідати за замах на давання хабара жертва обману не може, оскільки держава бореться не із злуро волею як такою, а лише з її корисливим, спрямованим проти державного інтересу виявленням [5, с. 654–655]. «Раз немає посадовця, що бере хабар, то не може бути і давання хабара. Це є не більш як замах з непридатним об'єктом і виявляє лише злу волю вчиненого, а саме тільки виявлення злої волі не є кримінально каране».

Дії удаваного посередника на практиці також кваліфікують як шахрайство і підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди.

Р.А. Гребенюк вказує на сумнівність юридичної оцінки дій «лжепосередника» як шахрайства, оскільки кримінальне право покликане захищати позитивні суспільні відносини, законні інтереси суб'єктів цих відносин. Майнові ж інтереси хабародавця містять так званий «правовий дефект», суть якого полягає в тому, що ні кримінальне право, ні судовою практика не можуть прирівнювати суспільні відносини осіб, що мали протизаконні інтереси, до рівня законних [6, с. 15].

Погоджуємося, що не підлягає сумніву той факт, що кримінальний закон має на меті захист від майнових посягань суспільних відносин, основаних на законних підставах, зокрема, на праві власності та інших законних речових правах. У світлі викладеного, вважає Р.А. Гребенюк, Пленум ВС, взявши за основу шахрайські дії (заволодіння майном шляхом його привласнення та обман), не взяв до уваги те, що зовні схожі на злочини проти власності дії «лжепосередника» і, відповідно, майнові інтереси обманутого (хабародавця), яким заподіюється шкода, містять в собі «правовий дефект». Інше розуміння призводить до цікавого висновку: особа, що надала неправомірну вигоду, повинна розглядатися як потерпілий і має право вимагати повернення предмета посягання.

Саме питання про те, чи можна визнати потерпілим від дій «удаваного посередника» особу, яка потенційно намагалася передати неправомірну вигоду і викликає у деяких вчених сумніви стосовно правильності кримінально-правової оцінки дій «удаваного посередника» за ст. 190 КК України. Законодавець визначає у ст. 55 КПК України потерпілим фізичну особу, якій кримінальним правопорушенням завдана моральна, фізична чи матеріальна шкода, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди.

Також, з одного боку, відповідно до п. 5 ч. 9 ст. 100 КПК України, гроші, цінності, інше майно, які були об'єктом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, повертаються законним володільцям. З іншого боку, п. 6 ст. ч. 9 ст. 100 КПК України вказує, що гроші, цінності, інше майно, набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них передаються в дохід держави.

Майно особи, що намагалася передати його в якості неправомірної вигоди через «удаваного посередника», в даному випадку є набутих «удаваним посередником» внаслідок злочину, тому воно дійсно передається в дохід держави. Однак найголовніше, що таке майно є предметом злочину, вчиненого самим «потерпілим від шахрайства». Визнання в аналізованій ситуації в діях «удаваного посередника» складу шахрайства не означає, що суб'єкт, який намагався з його допомогою передати неправомірну вигоду, має бути звільнений від кримінальної відповідальності як жертва обману, а матеріальні цінності повернені йому як потерпілому від шахрайства. Цей суб'єкт здійснює дії, безпосередньо спрямовані на вчинення злочину (надання неправомірної вигоди) і тому повинен відповідати за замах на цей злочин.

Водночас об'єктом злочину можуть виступати ті суспільні відносини, які насамперед і головним чином законодавець ставив під охорону, криміналізуючи певне діяння. Тому ми частково погоджуємося з думкою про те, що в деякій мірі дійсно спірним є питання про те, чи у випадку вчинення шахрайства у ході вчинення підкупу страждають відносини власності, поставлені під кримінально-правову охорону, якщо насправді шкода заподіюється, здавалося б, незаконним інтересам особи, що намагається виступити «підкуподавцем»? Тоді виходить, що в разі такої кримінально-правової оцінки відсутня одна з ознак складу злочину – об'єкт посягання?

Досить схожа проблема виникає при кваліфікації «крадіжки краденого майна». Здавалося б, під кримінально-правову охорону ставляться фактично суспільні відносини, які мають незаконний характер (основним безпосереднім об'єктом виступають також відносини права власності), в яких немає безпосередньо «потерпілих» від такої крадіжки. Та все ж більшість науковців підтримують позицію, за якою крадіжку краденого визнають злочином. Такий підхід обґрунтовується тим, що немає значення, в законному володінні чи незаконному перебуває майно, яке вилучають, суспільна безпека вчиненого є лише в тому, що той, хто посягає, здійснює суспільно небезпечне

посягання; ступінь суспільної небезпеки такої особи не зменшується і не нівелюється тим фактом, що він вчиняє суспільно небезпечне посягання проти об'єкта, що незаконно перебуває у володінні «потерпілого»; для кваліфікації має значення той факт, що викрадене майно є чужим для викрадача, він не має на нього ні передбачуваного, ні тим більше дійсного права власності або права законного володіння [7, с. 167].

В.О. Навроцький відзначає, що у викраданні викраденого йдеться про юридичну фікцію, коли майно, що вже фактично вибуло з володіння, прирівнюють до такого, щодо якого право власності здійснюється в повному обсязі, другий злочин у будь-якому випадку викрадає чуже для себе майно, а суспільна безпека в таких діях безумовно існує [8, с. 15–16].

Те саме можемо сказати і про шахрайство у підкупі. Ступінь суспільної небезпеки «удаваного посередника» аж ніяк не нівелюється тим фактом, що він вчиняє суспільно небезпечне посягання проти об'єкта (а точніше – предмета), що має незаконне призначення (бути переданим як неправомірні вигода). Аналогічно як не має значення той факт, в законному чи незаконному володінні перебуває майно, яке вилучають при крадіжці краденого, так само при шахрайстві у підкупі, на наш погляд, не має кримінально-правового значення, походження та мета використання цього майна чи прав на нього. Останнє все ж не втрачає свого кримінально-процесуального значення, про яке ми зазначали вище, і як цінності (доходи від них), набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення (замаху на надання неправомірної вигоди), передаються в дохід держави.

Висновки. Підсумовуючи дослідження проблеми кримінальної відповідальності «удаваного посередника», вважаємо, що є підстави для доповнення ч. 2 ст. 190 КК України «Шахрайство» кваліфікуючою ознакою такого змісту: «з використанням свого службового становища чи повноважень особи, яка надає публічні послуги». Цього цілком достатньо для надання правильної кримінально-правової оцінки діянь «удаваного посередника» з урахуванням диференціації за ознакою суб'єкта.

Якщо ж винний – службовею особою обіцяє тому, хто надає неправомірну вигоду, передати її відповідному адресату, а частину суми, відповідно до домовленостей сторін, залишає як «плату за свої послуги», має місце сукупність злочинів, оскільки у діях винного є і удаване посередництво, і одержання неправомірної вигоди.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Волженкин Б.В. Служебные преступления / Б.В. Волженкин. – М. : Юрист, 2000. – С. 251–255.
2. Коробейников Б., Орлов М. Ответственность за взяточничество / Б. Коробейников, М. Орлов // Советская юстиция. – 1970. – № 20. – С. 20.
3. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления / Б.В. Здравомыслов. – М., 1975. – С. 155.
4. Солопанов Ю. Вопросы ответственности за взяточничество / Ю. Солопанов // Социалистическая законность. – 1991. – № 6. – С. 47 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.rg.ru/2010/11/30/poslanie-tekst.html>.
5. Вышинский А. Еще раз о ст. 114-а УК / А. Вышинский // Еженедельник советской юстиции. – 1923. – № 29. – С. 654–655 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.rg.ru/2010/11/30/poslanie-tekst.html>.
6. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності : [навч. посіб.] / Н.О. Антонюк. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 167.
7. Гребенюк Р.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Р.А. Гребенюк. – Ставрополь, 2004. – 20 с.
8. Навроцький В.О. Злочини проти власності : [лекції для студ. юрид. фак.] / В.О. Навроцький ; Львівський держ. ун-т ім. І.Франка. – Львів, 1997. – С. 15–16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rg.ru/2010/11/30/poslanie-tekst.html>.