

Розділ 8. КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

О. О. КВАША. ПОСЕРЕДНИЦТВО У ХАБАРНИЦТВІ ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ

Обгрунтовано, що посередництво у хабарництві є особливим різновидом співучасті у злочині, який повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими у ст. 27 КК. Тому обгрунтована необхідність зміни статті 369 КК таким чином: «Давання хабара і посередництво у хабарництві».

Ключові слова: посередництво у хабарництві, співучасть у хабарництві, пособництво, давання хабара.

Обосновано, что посредничество во взяточничестве является особым видом соучастия в преступлении, которое в полной мере не охватывается видами соучастия, предусмотренными в ст. 27 УК. Поэтому обоснована необходимость изменения статьи 369 УК следующим образом: «Дача взятки и посредничество во взяточничестве».

Ключевые слова: посредничество во взяточничестве, соучастие во взяточничестве, пособничество, дача взятки.

The article substantiates that mediation in bribery is a special kind of complicity in the crime which is not fully covered by the kinds of participation provided for in Article 27 of the Criminal Code. Hence the necessity of amending Article 369 of the Criminal Code as follows: «Bribery and intermediation in bribery».

Key words: intermediation in bribery, complicity in bribery, aiding, bribery

В Україні за роки незалежності набули значного поширення корупція та хабарництво. При цьому дослідники, які аналізували проблеми протидії цим небезпечним соціально-правовим явищам, відзначають той факт, що офіційна статистика не відображає фактичних масштабів хабарництва, його стану і динаміки, оскільки це явище має надзвичайно високу латентність. Значну роль у тому, що далеко не про всі факти хабарництва стає відомо правоохоронним органам, відіграє посередник, який суттєво полегшує можливість реалізації злочинного наміру при даванні-одержанні хабара, дає змогу уникати кримінального переслідування. І хоча наприкінці минулого століття дослідження засвідчували, що 62 % випадків посередництва в хабарництві носило безкорисливий характер¹, на сучасному етапі значно більшим є відсоток тих, хто виступає посередником хабарництва за винагороду. З прийняттям чинного КК України у 2001 року була скасована окрема норма, яка передбачала відповідальність за посередництво у хабарництві. Однак це не означає, як стверджують деякі вчені, що новий КК України декриміналізував посередництво в хабарництві². Адже дане злочинне діяння залишається кримінально караним, лише кваліфікація його відбувається як співучасть в одержанні чи даванні хабара із застосуванням норми Загальної частини – стаття 27.

Проблеми протидії хабарництву отримали ґрунтовне висвітлення в працях українських вчених. У радянські часи значний внесок здійснили Б.В. Здравомислов, В.Ф. Кириченко, А.Н. Трайнін. Серед українських дослідників у галузі криміна-

© КВАША Оксана Олександрівна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

льного права розробкою даної проблеми займалися О.Ф. Бантишев, І.А. Гельфанд, О.Г. Кальман, О.М. Костенко, О.М. Литвак, В.С. Лукомський, П.С. Матишевський, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, А.В. Савченко, О.Я. Светлов, В.І. Тютюгін, Б.С. Утевський, О.В. Ус, М.І. Хавронюк та ін. Однак при цьому недостатньо приділялось уваги посередництву у хабарництві як виду злочинної діяльності, який є одним із чинників поширення хабарництва і корупції в Україні. Саме вирішення визначеної проблеми і є метою даної статті.

Поняття «хабарництво» саме по собі є предметом дискусій в теорії кримінального права. Переважно хабарництво розглядається як родове поняття, яке охоплює нерозривно пов'язані між собою склади злочинів, передбачені статтями 368, 369 та 370 КК України – одержання хабара, давання хабара, провокація хабара. Інший підхід полягає у розумінні хабарництва як складного двостороннього єдиного злочину. Давання хабара визначається особливим випадком співучасті в одержанні хабара, виділений законодавцем в окремих склад злочину з огляду на важливість і необхідність такої співучасті (О.Б. Сахаров, О.Я. Светлов, Б.В. Волженкін). І сучасні українські вчені притримуються такої позиції: «одержання хабара неможливе без його давання і навпаки»³. На підтвердження останньої позиції додамо, що у кримінальному праві виділяють злочини, які можуть вчинюватися лише у співучасті: чинний КК України передбачає склади злочинів. У кримінально-правовій літературі такі випадки називають «необхідною співучастю» (нарівні із «можливою співучастю»). На наш погляд, про необхідну співучасть повинно йтися і у випадку давання-одержання хабара.

Відзначимо, що до прийняття чинного кримінального закону посередництво в хабарництві було передбачено окремою нормою в Особливій частині КК. Відповідно існувала позиція, що необхідно визначати широке і вузьке розуміння хабарництва. У вузькому розумінні «хабарництво» визначається складом злочину – одержання хабара, а в широкому сенсі хабарництво охоплювало три склади злочину: одержання хабара, дачу хабара і посередництво в хабарництві.

За часу чинності КК УРСР 1960 р. посередництво у хабарництві розглядалось вченими як особлива форма співучасті в одержанні хабара, яка виокремлена законодавцем в окремих склад злочину⁴. Однак вже у той час вчені піддали критиці доцільність такого виокремлення посередництва в хабарництві. Подібну позицію займав В.Ф. Кириченко: «Посередництво у хабарництві являє собою співучасть в отриманні або даванні хабара, і тому немає необхідності виокремлення посередництва у хабарництві у спеціальний склад»⁵. Разом з тим в окремих сучасних дослідженнях обґрунтовується протилежна позиція, що законодавець навряд чи вчинив правильно, декриміналізувавши це діяння і не включивши його в новий КК України як корупційне діяння з підвищеним ступенем суспільної небезпеки⁶. Отже, коли існувала окрема норма «посередництво в хабарництві», вчені обґрунтовували її недоцільність, оскільки таке діяння є співучастю у даванні-одержанні хабара. Сьогодні, коли дана норма у кримінальному законі скасована, вчені аргументують необхідність її повернення, доводячи специфіку посередництва, яке не охоплюється повною мірою жодним із видів співучасті у злочині.

Таким чином, актуальним залишається питання про обґрунтованість виключення даного складу злочину із кримінального закону або ж доцільність його закріплення окремою нормою, якщо посередник відрізняється від хабародавця і хабароодержувача, і його дії не охоплюються співучастю в хабарництві.

Тлумачення поняття посередництва в хабарництві, закріпленого у ст. 169 КК УРСР 1960 р, найвищим судовим органом неодноразово змінювалося⁷, що свідчить про складність кримінально-правового розуміння даного виду злочинної

діяльності. Йдеться про постанови Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику у справах про хабарництво» (№ 9 від 31.07.1962 р., № 6 від 30.07.1970 р., № 16 від 23.09.1977 р. і № 3 від 30.03.1990 р.). У постанові від 31.07.1962 р. зазначалося, що посередником є той, хто, діючи на прохання чи за дорученням хабародавця чи хабароодержувача, сприяє досягненню чи здійсненню домовленості про давання-одержання хабара. Отже, йшлося про інтелектуальне та фізичне посередництво. У наступних же постановах від 23.09.1977 р., від 30.03.1990 р., 07.10.1994 р. посередник розглядався як особа, яка, діючи за дорученням хабародавця чи хабароодержувача, лише безпосередньо передає хабар. Останній підхід дозволяє однозначно відмежовувати посередництво в хабарництві від співучасті. Розуміння ж посередництва в хабарництві як інтелектуального і фізичного посередництва ускладнювало розмежування співучасті та посередництва в хабарництві. У Постанові Пленуму Верховного Суду України № 12 «Про судову практику в справах про хабарництво» від 7 жовтня 1994 року роз'яснювалось, що як посередництво потрібно кваліфікувати дії особи, яка лише безпосередньо передає хабар, але якщо вона виконувала поряд із цим й іншу роль (ролі), які підпадають під ознаки співучасті, то діяння оцінювалося в цілому як співучасть, а посередницька діяльність до уваги не бралася.

На сучасному етапі окремі вчені також притримуються подібної точки зору: якщо посередник у хабарництві організував дачу-одержання хабара чи підбурує до цього, то втрачає кримінально-правове значення посередника і є організатором таких діянь чи підбурювачем до їх скоєння⁸.

Чинна Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 не містить поняття «посередництво», натомість у пункті 11 роз'яснює кваліфікацію дій особи, яка сприяла у вчиненні злочину тому, хто дав чи одержав хабар, або організувала цей злочин, або підбурила до його вчинення як співучасть у даванні чи одержанні хабара.

Отже, слід вирішити питання щодо наявності за даних умов чітких критеріїв розмежування посередника як співучасника у хабарництві за чинним кримінальним законом від хабародавця чи хабароодержувача. Так А. Анікін наголошує, що «за змістом закону за деяких обставин посередник у хабарництві може розглядатися як виконавець давання хабара, оскільки діє в інтересах і за змогою з особами, яких представляє⁹. Із об'єктивної сторони посередник продовжує виконувати дії, що входять до неї. Категорично проти цієї позиції виступав О.Я. Светлов. Відомий український дослідник службових злочинів вказував, що основна відмінність посередництва у хабарництві від давання хабара полягає у тому, що посередник сприяє хабародавцю чи хабароодержувачу у вчиненні за хабар діянь не в його інтересах. Якщо ж сприяння одній із сторін співпадає і з інтересами посередника чи ці інтереси співпадають з інтересами хабародавця – наявне не посередництво, а давання хабара або співучасть у цьому злочині¹⁰. Непрямим підтвердженням позиції українського вченого є тлумачення самого терміну «посередник». Традиційно за семантичним тлумаченням того чи іншого терміну правознавці звертаються до словника позаминулого сторіччя (1882 р.) за авторством В. Даля. Посередник – третій, обраний двома сторонами для спілкування а посередництво – будь-яка діяльність для зведення, угоди двох осіб чи сторін, для схиляння одного до продажу, іншого для купівлі, чи для примирення ...¹¹. Справді, хабародавець – це особа, як правило, зацікавлена у відповідних діях хабароодержувача, тоді як посередник не має на меті одержання користі від дій службової особи, обумовлених передачею хабара.

Посередник може діяти також і з боку хабароодержувача. У цій ролі часто

виступають не приватні, а службові особи. Тому важливим є розмежування посередника як представника хабароодержувача, від самого хабароодержувача. Такий посередник, навіть будучи службовою особою, отримує предмет хабара не для себе, а для передачі його іншій стороні – службовій особі, яка і повинна здійснити певні діяння, обумовлення одержанням хабара. Знову ж таки посередник – службова особа не виконує ніяких дій з використанням свого службового становища.

Звернемося до КК УСРР 1927 р., у якому однозначно вирішено було проблему розмежування хабароодержувача та посередника: стаття 105 – «отримання посадовою особою особисто або через посередників...». Подібним чином здійснено розмежування хабародавця від посередника у ч.1 ст.291 КК РФ 1996 р.: «дача хабара... через посередника».

Д.Г. Михайленко, посилаючись на праці Б.В. Здравомислова, М.П. Кучерявого, А.Н. Трайніна, стверджує, що за змістом та характером дій, фактично скоєних при посередництві у хабарництві, посередник не може бути віднесений до виконавця (співвиконавця) давання чи одержання хабара, організатора цих діянь чи підбурювача до них і повинен представляти собою пособника¹². Пособник згідно з ч. 5 ст. 27 КК – це особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину. Пособник зміцнює своїми діями або бездіяльністю бажання, рішучість у виконавця або інших співучасників на вчинення злочину.

Загальноновизнаним є те, що основна роль пособника зводиться до надання допомоги іншим в їхній діяльності. При такому підході посередник в хабарництві справді максимально наближений до пособника у вчиненні злочину. Крім того, пособник зміцнює уже існуючу рішучість вчинити злочин у інших співучасників, як і посередник, який зміцнює рішучість вчинити давання-одержання хабара.

Пособницькі дії, як відомо, поділяються на два види: фізичне пособництво, тобто фізичне (матеріальне) сприяння виконавцю у реалізації його злочинного наміру і надання засобів чи знарядь, усунення перешкод, фізичне приховування злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину тощо); інтелектуальне пособництво – зміцнення рішучості у виконавця вчинити злочин (дати пораду, вказівку)¹³.

Очевидно, що роль посередника не обмежується передачею предмета хабара, посередник може домовлятися з однією чи з двома сторонами про передачу хабара, вчинення за це відповідних дій, знайти хабародавця з хабароодержувачем, передавати умови угоди тощо.

Відповідно слід визначитись до якого виду пособництва можна віднести посередницьку діяльність. На думку вчених, єдиною ознакою, за якою відповідно до ч.5 ст.27 КК фізичного посередника в хабарництві можна визнати пособником злочину, є сприяння злочину усуненням перешкод¹⁴. Проте посередник далеко не завжди залучається до акту давання-одержання хабара з метою усунути перешкоду в одержанні хабара: по-перше, такої перешкоди для хабарника взагалі може не бути; по-друге, мета залучення посередника до зазначеного акту може бути зовсім іншою¹⁵. Отже, перелічені вище дії, що охоплюються поняттям фізичного пособництва, можуть не підпадати ні під одну з дій, що характеризують посередництво у хабарництві. Як зазначалось вище, у словнику В. Даля посередництво – будь-яка діяльність для зведення, угоди двох осіб чи сторін, для *схилання* одного до

продажу, іншого для купівлі, чи для примирення. В той час як пособництво згідно чинного КК не відповідає даному тлумаченню терміну «посередництво». А через поняття «схиляння» загалом розкривається суть підбурювання до вчинення злочину (ч. 4 ст. 27 КК).

Крім того, як правило, суспільна небезпека співучасників за зменшенням визначається такою послідовністю: виконавець, організатор, підбурювач, пособник¹⁶. При чому такий підхід склався історично. Так, ще Соборне Уложення 1649 р. встановлювало меншу сувору відповідальність для пособників злочину щодо виконавців¹⁷. П.Л. Фріс відзначає, що діяльність пособника, як правило, менш небезпечна порівняно з діяльністю інших співучасників; пособник менш активний, він не керує злочинною діяльністю, не виконує об'єктивної сторони злочину, не схиляє інших до здійснення злочину¹⁸. Водночас у багатьох випадках хабарництво не відбулося б, оскільки часто хабародавець не знайомий із службовою особою особисто і не має можливості безпосередньо передати їй хабар, і лише посередник, який виступає на стороні службової особи, уможливило реалізацію злочинного наміру. У багатьох випадках коли давання—одержання здійснюється через посередників, це істотно ускладнює викриття злочинців і доказування вини хабароодержувача. Посередник, здійснюючи своє діяння, виступає каталізатором хабарництва і корупції в українському суспільстві. Отже, за ступенем суспільної небезпеки посередник у хабарництві, на відміну від фігури пособника, характеризується підвищеним її ступенем. За КК УРСР 1960 р. посередництво в хабарництві каралося практично так само суворо, як і саме давання хабара – від двох до восьми років позбавлення волі (дача хабара – від трьох до восьми років).

Щоб зняти подальші дискусії з цього приводу, можливо, слід вдосконалити саме поняття пособника, тим більше, що посередницька діяльність може мати місце і в інших злочинних діяннях, а не лише у хабарництві. Подібні пропозиції мають місце в російській науці кримінального права, де вчені говорять про розширення поняття пособника¹⁹. Однак, на наш погляд, це не зніме проблему повною мірою. Адже важливим є і питання про призначення покарання за посередництво у даванні чи одержанні хабара. Як відомо, ще Чезаре Беккарія обґрунтував принцип справедливості покарання, а його уособленням вважав співрозмірність між злочином і покаранням. У випадку ж посередництва в хабарництві за одні й ті самі дії покарання може бути абсолютно різним. Якщо особу визнано винною у посередництві в одержанні хабара, то його може бути засуджено до 5 років *позбавлення волі* (ст. 368 КК), тоді як за посередництво на боці хабародавця – *максимально 5 років обмеження волі* (ст. 369 КК). На наш погляд, такий стан речей не відповідає принципу справедливості призначення покарання. По-перше, не завжди можна чітко встановити з чиєї сторони діяв посередник. По-друге, посередник може одночасно виступати як з боку хабародавця, так і з боку хабароодержувача. І, по-третє, навіть у випадку чіткої ідентифікації сутності посередництва та ступінь його суспільної небезпеки не змінюється. Незалежно від того, кого посередник представляє, він сприяє у вчиненні злочину обом сторонам: і хабародавцю, і хабароодержувачу. Ще раз наголосимо, що мова іде про так звану «необхідну співучасть», тобто без давання хабара хабарництво взагалі не можливо. А отже і покарання посередника у цій «необхідній співучасті» має бути визначено єдиними межами.

Все наведене вище обумовлює позицію вчених в частини виокремлення окремого складу злочинув (посередництво в хабарництві), так як це було за часів КК УРСР 1960 року²⁰. Однак в цій нормі не передбачалась можливість звільнення посередника від кримінальної відповідальності (на відміну від статті 170 «дача

хабара»). А в КК УСРР 1927 р. посередництво в хабарництві поєднувалось в одній нормі із дачею хабара (стаття 106), і в примітці до цієї статті зазначалось: «особи, які підпадають під дію цієї статті, можуть бути звільнені від притягнення до відповідальності..., якщо добровільними чи свочасними заявами вони сприятимуть розкриттю справи про хабарництво²¹. На наш погляд, саме у цьому кримінальному законі сформульовано найбільш правильний підхід. Виокремлення посередництва в хабарництві як особливої форми співучасті є необхідним ще й з тих причин, що можливо передбачити звільнення посередника від кримінальної відповідальності. Згідно ч. 3 ст. 369 чинного КК особа, яка дала хабар, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона добровільно заявила про те, що сталося, до порушення кримінальної справи. Однак це положення не стосується посередника, який фактично і здійснює передачу предмета хабара.

Також слід враховувати, що норми щодо звільнення від відповідальності називають терміном «заохочувальні» норми кримінального права. Заохочення у кримінальному законодавстві існує у вигляді приписів, що стимулюють до суспільно-схвальної, позитивної поведінки суб'єктів кримінально-правових відносин²². Вони покликані стимулювати особу відступитися від вчиненого злочину. Адже найважливішою метою встановлення таких заохочувальних норм у кримінальному законі є підвищення ефективності протидії, в даному випадку, корупції і хабарництві, а ця мета може бути швидше досягнута, якщо таке звільнення стосуватиметься більш широкого кола осіб – і посередників також.

У судовій практиці зустрічаються випадки так званого «уявного посередництва», коли особа отримує хабар для передачі службовій особі, але не передає його, а привласнює. У такому випадку згідно пункту 9 вищезгаданої Постанови дії службової особи, яка, одержуючи гроші чи матеріальні цінності начебто для передачі іншій службовій особі як хабар, мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідними частинами статей 190 і 364 КК як шахрайство та зловживання владою чи службовим становищем. Очевидно, що якщо «уявний посередник» не є службовою особою, його дії кваліфікуються як шахрайство.

Трапляються випадки, коли особа вмовляє, по суті – підбурює, хабародавця передати хабар службовій особі, а потім одержаний хабар залишає собі. У такій ситуації відповідальність має наставати за відповідними частинами статей 27, 15 та 369 КК як підбурювання до замаху на давання хабара. Така позиція відображена в Постанові Пленуму ВС України, а також висловлювалась науковцями, зокрема Б.В. Здравомислови²³.

Отже, ми дійшли висновку про те, що посередництво у хабарництві є особливим різновидом співучасті у злочині, яке повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими у ст. 27 КК. Тому обґрунтована необхідність зміни ст. 369 наступним чином: «Давання хабара і посередництво у хабарництві». А в ч. 3 цієї статті слід викласти так: «особи, передбачені у ч. 1 даної статті, звільняються від кримінальної відповідальності, якщо щодо них мало місце вимагання хабара або якщо вони добровільно заявлять про те, що сталося, до порушення кримінальної справи щодо них органом, наділеному законом правом на порушення кримінальної справи». Отримані висновки та запропоновані зміни до КК України у подальшому сприятимуть вдосконаленню кримінально-правової протидії хабарництву, що вчинюється у співучасті.

1. Лукомський В.С. Кримінальна відповідальність за дачу хабара та посередництво в хабарництві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1996. – С. 21. 2. Акрам Трад Аль-

Фаїз. Відповідальність за хабарництво за кримінальним законодавством Йорданії і України (порівняльно-правове дослідження). – Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 37. **3.** Андрушко П.П. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України) // Вісник Верховного Суду України. – К.: Ін Юре, 2005. – № 7(59). – С. 22. **4.** Светлов А.А. Ответственность за должностные преступления. – К.: Наукова думка, 1978. – С. 227. **5.** Кириченко В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1959. – С. 83. **6.** Акрам Трад Аль-Фаїз. Цит. праця. – С.101. **7.** Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2009. – С. 169. **8.** Грудзур О. Посередництво в хабарництві: кримінально-правовий аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 137. **9.** Аникин А. Посередництво во взяточництві // Законність. – 2009. – № 3. – С. 19-20. **10.** Светлов А.А. Цит. работа. – С. 237. **11.** Даль Вл. Толковый словарь живого великорусского языка Владимира Даля: Т. 1–4. М.: Рус. Яз, 1989 – Т. 3: П. – 1990. – С. 341. **12.** Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2009. – С. 172. **13.** Бурчак Ф.Г. Соучастие в преступлении: социальные, криминологические и правовые проблемы. – К.: Вища школа, 1986. – С.173. **14.** Красногеева Е. Квалификация посредничества и соучастия во взяточничестве // Законность. – 2002. – № 2. – С. 36. **15.** Шиманський Ф.В. Хабарництво: кримінально-правовий аналіз одержання, давання і провокації хабара. – О.: Фенікс, 2004. – С. 16. **16.** Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 121. **17.** Кримінальне право. Загальна частина: Підручник / За ред. А.С. Беницького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 468. **18.** Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: Атіка, 2009. – С. 271. **19.** Красногеева Е. Квалификация посредничества и соучастия во взяточничестве // Законность. – 2002. – № 2. – С. 36. **20.** Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристъ, 2000. – С. 248. **21.** Уголовный кодекс УССР / Постановление ЦИК УССР от 8 июня 1927 г. – М.: Юрид-лит, 1950. – С. 59-60. **22.** Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 72. **23.** Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. – М.: Юрид. лит, 1975. – С. 155.