



Ведмідський О.В.
кандидат юридичних наук
(Дніпропетровський державний
університет внутрішніх справ)

УДК 343.575

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ КРИТЕРІЇВ РОЗМЕЖУВАННЯ ЗБУТУ І ПОСЕРЕДНИЦТВА В ПРИДБАННІ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Розглядаються проблеми кваліфікації збуту наркотиків і посередництва в їх придбанні, дається критичний аналіз ситуації, судової практики. Автором оцінюються вироблені Верховним Судом України на основі цивільно-правових категорій критерії розмежування збуту і посередництва в придбанні наркотичних засобів, пропонуються зміни до законодавства.

Ключові слова: посередництво, пособництво, ініціатива в придбанні наркотику, збут в інтересах набувача.

Постановка проблеми. У юридичній літературі неодноразово розглядалося питання про визначення в судовій практиці критеріїв розмежування збуту і посередництва в придбанні наркотичних засобів, однак ці дослідження проводилися в умовах дії постанови Пленуму Верховного Суду України від 26квітня 2002 № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» (зі змінами та доповненнями від 18 грудня 2009 р.), котра істотно вплинула на формування однакової судової практики у зазначеній сфері.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Теоретичні і практичні проблеми боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів та психотропних речовин, зокрема з їх незаконним збутом, у різні роки досліджувалися багатьма вченими, зокрема, такими як: Д.У. Адилов, А.О. Габіані, Є.Г. Гасанов, В.О. Глушков, С.П. Дідківська, М.Г. Ікрамова, К.А. Карпович, О.О. Ковалкін, К.Ш. Курманов, В.Б. Малінін, А.А. Майоров, Є.Г. Мартинчик, Д.Є. Метревелі, Н.А. Мірошніченко, А.А. Музика, І.О. Никифорчин, М.Л. Прохорова, С.А. Роганов, В.М. Смітєнко, Ю.М. Ткачевський, В.А. Тимошенко, Є.В. Фесенко, М.С. Хруппа та ін.

Виклад основного матеріалу. Поняття збуту і посередництва в придбанні наркотиків в судовій практиці за останнє десятиліття неодноразово еволюціонували.

Якщо спочатку збут – це будь-яка форма переходу наркотику від однієї особи до іншої, то згодом поняття збуту звужується.

Так, до 2001 р збут наркотичних засобів трактувався Верховним Судом України в найширшому сенсі, як будь-який спосіб просування наркотичного

засобу до споживача, незалежно від наявності факту попереднього замовлення наркотику. Відповідно, зумовленість дій збувальників наркотичних засобів діями замовника, який ініціював придбання і передачу йому наркотику, покликані в юридичному плані індивергентною і не впливає на кваліфікацію.

Згодом Верховний Суд України принципово змінив підхід до кваліфікації дій осіб, які купують наркотики для інших суб'єктів.

Вищим судовим органом сформульована позиція, згідно з якою, перше, суб'єкт, який отримує наркотичні засоби на прохання і за гроші іншого суб'єкта і згодом передає їх ініціатору, не є збувальником, а, по-друге, ініціатор отримання наркотичного засобу не виступає «набувачем» в сенсі, закладеному в ст. 307 КК України, оскільки є власником наркотику вже в момент його передачі посереднику третьою особою. Одночасно Верховним Судом України запропоновано вважати посередників співвиконавцями в придбанні наркотичного засобу. Таким чином, під поняття «збут не підпадали дії осіб, що виконують доручення про купівлю наркотику і тим самим діючих в «чужому інтересі».

Іншими словами, на думку Верховного Суду України, посередник, фактично який отримує наркотик з метою його передачі тим чи іншим особам, які є кінцевими «бенефіціарами», здійснює функцію «повіреного» в цивільно-правовому сенсі, не утворює на його стороні об'єктивної сторони придбання наркотичного засобу, оскільки права на наркотик виникають безпосередньо у замовника.

Зазначена практика зберігалася до останнього часу, з тією лише відмінністю, що зараз надання допомоги в придбанні наркотичного засобу особою, яка ним не володіє, кваліфікується вже не як співвиконавство, а як пособництво в придбанні наркотичного засобу. У літературі дана практика, що розширює легальне поняття пособництва у злочині, обґрунтовано піддавалася критиці [3].

Як вірно зазначалося дослідниками цієї проблеми, жодна з законодавчо закріплених форм надання сприяння виконавцю не охоплює факт безпосереднього отримання предмета злочину і його подальшої передачі ініціатору.

Заздалегідь виражена обіцянка збути або придбати предмет злочину не може бути підставою кваліфікації дій особи, що виявилися в придбанні наркотичного засобу за дорученням ініціатора як пособництва, оскільки така обіцянка, за змістом норми, є умовою здійснення виконавцем злочину і саме останній отримує його в результаті посягання, а не навпаки.

Очевидно, що пособництво у придбанні наркотичних засобів не можна розглядати і як різновид «усунення перешкод», а також «надання засобів вчинення злочину».

Іншим важливим аргументом є теоретична невиправданість використання при правовій оцінці фізичного переходу наркотичних засобів від однієї особи до іншої цивільно-правових категорій зобов'язального права. У зв'язку з цим Д.М. Молчанов резонно зауважує: «Адже не приходить саме нам в голову вважати виконавцем вбивства не того, хто заподіяв смерть, а замовника злочину! Чому ж тоді виконавцем в придбанні наркотичних засобів пропону-

ється вважати того, на чий гроші були придбані наркотики, а не власне набувача? »[8]. Слід зауважити, що визнання судовою практикою дій, що становлять об'єктивну сторону злочину, але що здійснюються «в чужому інтересі» в якості пособництва, є свідченням відродження давно відкинутих в теорії екстенсивних концепцій співучасті, згідно з якими головне в розумінні співучасті – це визначення суб'єктивної зацікавленості в злочині.

Згідно з названими концепціям, який отримав свій розвиток завдяки роботам німецьких юристів на початку ХХ століття, виконавцем повинен вважатися той, хто переслідує власний інтерес в злочинному результаті, інші ж співучасники можуть розглядатися тільки як пособники незалежно від їх об'єктивної ролі в здійсненні злочину [9].

Так, в одній зі справ Верховний суд ФРН визнав сестру матері новонародженої дитини, яка вбила немовля, пособником, а мати – виконавцем злочину тільки на тій підставі, що сестра скоїла вбивство в інтересах матері, тобто брала участь в чужому діянні [1]. Очевидно, що при такому підході будь-які зовнішні форми злочинної поведінки втрачають об'єктивні критерії їх віднесення до того чи іншого виду співучасті, тоді як вирішальною підставою розмежування виконання від пособництва стає внутрішнє ставлення осіб, які беруть участь у злочині до діяння.

На наш погляд, будь-яка юридична конструкція покликана відображати об'єктивні залежності в тій чи іншій сфері правовідносин і на основі цього виконувати певні кваліфікаційні завдання: виробляти правила кваліфікації і визначати критерії розмежування між подібними злочинами.

У зв'язку з цим закономірно спитати: чи виконує створений Верховним Судом України конструктор свої службові функції? Іншими словами, чи можна, дотримуючись позиції найвищого судового органу, який поширив цивілістичні підходи до розуміння питань приналежності наркотичних засобів при кваліфікації злочинів, дати більш-менш прийнятну відповідь на питання, чим відрізняється посередник від збувальників, при тому що їх дії зі змістовної сторони часто тотожні?

На нашу думку, зазначене питання як в кримінально-правовій науці, так і в правозастосовчій діяльності до теперішнього часу не отримало задовільного рішення. Узагальнення судової практики дозволяє виділити наступні основні критерії розмежування збуту наркотичного засобу та посередництва в його придбанні.

По-перше, ініціатива придбання наркотику завжди виходить від набувача, який, в кінцевому рахунку, і стає власником наркотику. У рішеннях по конкретних справах незмінно підкреслювалося, що посередник завжди діє на прохання замовника. Однак в такому випадку виникає питання про те, чи є суттєва відмінність між діями суб'єкта, який купує наркотик для споживача у зв'язку зі зверненням останнього, і такими ж діями суб'єкта, але виступив з ініціативою придбання наркотику перед споживачем, за тієї умови, що як в першому, так і в другому випадку така особа не є власником наркотику на момент досягнення угоди зі споживачем і не діє в інтересах збувальників, а

зацікавлений, наприклад, в отриманні частини наркотичного засобу як плати за послугу.

Відповідаючи на це питання, слід визнати, що як в разі звернення споживача до посередника, так і в разі надходження пропозиції від посередника до споживача ми маємо справу фактично з однієї і тієї ж ситуацією, оскільки в будь-якому випадку споживач, бажаючи отримати наркотик, висловлює прохання про виконання посередником дій, результатом яких буде передача йому наркотику. Відповідно, посередник в будь-якому випадку буде діяти з ініціативи замовника і в його інтересах, або «на прохання набувача», незалежно від того, від кого надходила пропозиція про придбання наркотиків.

На нашу думку, розмежування випадків посередництва у придбанні та збуту наркотиків не може бути проведено за вказаним критерієм вже тільки тому, що сам факт звернення за допомогою в придбанні наркотику не робить з особи, що виконує доручення про придбання наркотику, посередника, як і не стає посередником, якщо ініціатива в придбанні наркотику надійшла саме від споживача.

По-друге, на думку Верховного Суду України, посередництво характеризується придбанням наркотику за дорученням ініціатора угоди, при тому що особа, яка виконує таке доручення, не володіє наркотиком на момент виникнення домовленості. Саме відсутність факту володіння посередником наркотиком на момент досягнення домовленості з ініціатором його придбання свідчить про те, що власником наркотичного засобу стає саме ініціатор його придбання в момент купівлі його посередником. Відповідно, кваліфікація випадків «посереднього придбання» в якості пособництва поширена найвищим судовим органом на всі випадки відносин, що будуються за типом «замовлення – оплата – наркотик».

Однак насправді набули широкого поширення випадки, коли збувальники наркотиків спочатку формують попит шляхом отримання замовлень від споживачів, отримують гроші, а вже потім закупають партію наркотиків і передають замовникам. Таким чином, в даних випадках зовні збувальник діє як посередник, оскільки набуття ним наркотичних засобів здійснюється в інтересах певного замовника і за його гроші. Однак зрозуміло, що такі дії посередника всього лише спосіб конспірації і, в кінцевому рахунку, служить завданням оптимізації реалізаційної діяльності.

Таким чином, реальний збувальник може і не мати в своєму розпорядженні на момент звернення споживача наркотику, однак ця обставина не означає, що останній діє «в чужому інтересі». Інше рішення зазначеного питання фактично означало б, що збувальником може бути визнаний виключно суб'єкт, що володіє наркотиком в момент звернення до нього споживача, що зумовило б визнання осіб, які замовляють партії наркотиків після формування попиту на них і одержують дохід у вигляді їх перепродажу, лише пособниками набувачів.

Іншим критерієм розмежування посередництва від збуту, запропонованим вищою судовою інстанцією, є факт придбання наркотику за гроші спо-

живача. Безумовно, в більшості випадків гроші належать ініціатору операції, а зустрічне надання передається власникові наркотику одночасно з отриманням від нього відповідного предмета угоди. Однак в дійсності мають місце випадки, коли посередник, діючи на прохання споживача, набуває наркотик за свій рахунок і після передачі його набувачеві отримує від нього компенсацію своїх витрат у тому чи іншому вираженні. У зв'язку з цим виникає питання: чи впливає момент виконання взаєморозрахунків між зазначеними суб'єктами на кваліфікацію дій посередника? Очевидно, що оплата витрат посередника, який діє фактично як «повірений», можлива і після вчинення ним значущих для ініціатора угоди дій. Тому зі змістовної сторони момент передачі грошей посередника не має значення.

Проте залишається неясним інше питання: як в такому випадку кваліфікувати дії посередника, що здобуває наркотик на прохання споживача за свої гроші і передає його останньому вже за підвищену ціну або, наприклад, збільшує ціну наркотику в момент досягнення угоди, тобто який фактично здійснює як в першому, так і в другому випадку перепродаж наркотику? Зрозуміло, що межі між діями такого посередника і збувальників стираються незалежно від того, як розуміти факт збільшення купівельної ціни наркотику – як винагороду за посередницькі послуги або як ознака реалізаційної діяльності. Дотримуючись позиції Верховного Суду України, як критерій розмежування таких випадків посередництва і збуту можна було б запропонувати найпростішу ознаку – оплату дій посередника у відносинах з ініціатором придбання наркотику.

Однак Верховним Судом України неодноразово підкреслювалося в рішеннях у конкретних справах, що оплата послуг посередника не робить останнього збувальником. Звідси мав би слідувати логічний висновок, що в разі, якщо посередник з метою отримання вигоди збільшує ціну придбаного наркотику і тим самим збагачується за рахунок ініціатора його придбання, то в наявності ознаки реалізаційної діяльності, тобто збуту, незважаючи на те, що саме по собі придбання наркотику носило характер допомоги його споживачеві.

Разом з тим вивчення судової практики свідчить, скоріше, про протилежне: факт збагачення посередника не визнається таким, що має правове значення для кваліфікації. Так, Верховним Судом України на основі узагальнення попередньої практики сформульована позиція, згідно з якою для кваліфікації дій посередника в збуті або в придбанні наркотичних засобів як пособника не має значення, чи вчинив він ці дії за винагороду чи ні, чи отримав він в якості винагороди гроші або наркотичний засіб, коли виникло питання про винагороду, до скоєння посередницьких дій або після цього, а також від кого (набувача або посередника) виходила ініціатива винагороди [8]. З цього моменту питання оплати наркотику у взаєминах між посередником і набувачем перестали мати будь-яке юридичне значення і проблема розмежування посередництва і збуту стала ще більш заплутаною.

Як видно, зазначені критерії як в цілому, так і окремо не дозволяють провести розподіл між посередництвом в придбанні наркотику і збутом. На-

ведена позиція фактично виключає інший варіант кваліфікації дій посередника як пособника в разі надання ним одноразової безоплатної допомоги у придбанні наркотику, так і в разі систематичної діяльності наркозбувача, спрямованої на отримання вигоди, формування замовлення на наркотики і їх придбання за дорученням значної кількості осіб у того чи іншого збувальника як за гроші споживачів, так і за свої кошти з подальшим розрахунком з ініціаторами угод.

У свою чергу, аналіз взаємозв'язків між суб'єктами, залученими в наркобізнес, свідчить, що значний масив угод з відчуження великих партій наркотиків здійснюється за участю тих же посередників, які купують наркотики за дорученням замовника і за їхні гроші у безпосередніх виробників. Як вірно зауважує В.М. Курченко, посередник виступає в якості однієї з ланок системи збуту наркотиків або його розповсюджувачем, який діє на прохання покупця [5].

Якщо слідувати логіці сформованої судовою практикою, то дійсними збувальниками можуть бути визнані лише їх виробники, тоді як всі інші ланки в ланцюгу просування наркотику до кінцевого споживача є пособниками набувачів.

Як бачимо, одним із шляхів вирішення вищевказаних кваліфікаційних проблем є створення спеціальних норм, що встановлюють відповідальність за посередництво як за самостійний злочин, що об'єднує в єдиному складі дії, які полягають в наданні допомоги набувачу і (або) збувачу.

Однак видається, що одна тільки кримінально-правова регламентація посередництва не вирішить завдання його розмежування від збуту, оскільки вироблення будь-яких об'єктивних критеріїв такого розмежування, на наш погляд, неможливе без відмови від використання цивілістичного уявлення про власника наркотику як про власника, що володіє річчю від себе і для себе, на відміну від пасивного її власника, що не має права володіння та діє в чужих інтересах.

Відповідно до цього підходу головною і фактично єдиною відмінністю посередника від збувальників є залежність першого від дій ініціатора покупки наркотику, яка виражається в підпорядкованості намірів посередника при визначенні долі наркотику від замовлення останнього, тобто суб'єктивний критерій. При цьому тотожність набору фактичних можливостей у посередника і збувальників по використанню і розпорядженню наркотиком в даному випадку ігнорується.

У зв'язку з цим ми солідарні з Н.Ф. Мурашовим, згідно з позицією якого персональна власність і / або володіння наркотиками кримінально-правового значення при вирішенні питання про кримінальну відповідальність за збут не має. Виконавцем злочину є та особа, в діях якої є ознаки об'єктивної сторони того чи іншого складу злочину. Саме ця особа здійснює заборонене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння. Стосовно до незаконного збуту – завершує «ланцюжок» по доставлених наркотиків від виробника до споживача [8].

Однак визначати кримінально-правовий статус суб'єкта, на нашу думку, повинен саме характер фактичної присвоєності наркотику, що виявляється в

тій чи іншій сукупності можливостей щодо предмета володіння.

У цьому сенсі збут – це перехід можливостей, пов'язаних з його фактичним володінням. Тому він завжди характеризується двома моментами: по-перше, реалізацією збувальником можливості відчуження наркотику, що виникає з володіння ним, а по-друге, зміною суб'єкта його знаходження з одночасною появою стану виключної залежності наркотику від дій нового володаря.

Іншими словами, слідуючи розумінню придбання наркотику в якості будь-якої дії, в результаті якої особа стає його власником і отримує можливість безпосереднього впливу на предмет володіння, ми повинні визнавати посередника набувачем і, відповідно, вважати покупку наркотичних засобів через посередника подією з двома фактами їх придбання: посередником, а потім замовником [7].

При цьому мета дій посередника, яка полягає в наданні допомоги замовнику в отриманні наркотику, передбачає усвідомлення останнім того факту, що покупка наркотику відбувається ним для подальшої передачі його замовнику, тобто з метою збуту.

Висновок. Таким чином, послідовна зміна набувачів наркотику означає і таку ж зміну збувальників. У зв'язку з цим, було б більш правильним дії особи, яка придбає на прохання замовника наркотик і згодом передає цей наркотик ініціатору операції, встановлення у своєму національному збуту, тоді як до посередництва варто було б відносити виключно дії, спрямовані на створення умов для укладення і виконання угоди з придбання наркотику.

Звісно ж, що така кваліфікація дій посередника правильно відображає його справжню сутність і більшою мірою сприяє цілям боротьби з незаконним обігом наркотиків.

Постановою Пленуму Верховного суду України від 26 квітня 2002 № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» внесено суттєві зміни, що стосуються в тому числі питань кваліфікації дій посередників.

Тим часом вищий судовий орган не висловився щодо правил кваліфікації дій посередника, який діє в інтересах набувача. Відповідно, питання про те, чи слід такі дії кваліфікувати як співвиконавство в придбанні наркотиків або як і раніше визнавати їх пособництвом в придбанні, або, виходячи з оновленого поняття збуту, вважати саме таким, залишається відкритим, а це означає, що проблеми розмежування збуту наркотиків і посередництва в їх придбанні, як і раніше, залишаються актуальними.

Бібліографічні посилання

1. Бриллиантов А. О правовой оценке роли посредника в преступлении / А. Бриллиантов // Уголовное право. 2006. № 5 С. 12–16.
2. Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 4 [Електронний ресурс]. - Режим доступу :<http://www.scourt.gov.ua>.
3. Гарманов В.М. О содержании признаков сбыта наркотических средств, психотро-

пных веществ или их аналогов и критериях отграничения сбыта от пособничества приобретению / В.М. Гарманов, Н.И. Караисаев // Наркоконтроль. – 2012. № 1. С. 22–28.

4. Ковалев М.И. Соучастие в преступлении / М.И. Ковалев. – Екатеринбург : Издательство УрГЮА, 1999. 199 с.

5. Курченко В.Н. Проблемы квалификации сбыта наркотиков: судебное толкование / В.Н. Курченко // Наркоконтроль. 2015. № 1. С. 3–9.

6. Мирошниченко Н. А., Музыка А. А. Уголовно-правовая борьба с наркоманией / Н. А. Мирошниченко, А. А. Музыка - К. : Высшая шк., 1988.

7. Молчанов Д.М. Роль посредника в двусторонних преступлениях (на примере посредничества в незаконном сбыте или приобретении наркотических средств) / Д.М. Молчанов // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы IX Международной научно-практической конференции (25–27 января 2012 г.). – М. : Проспект, 2012. – С. 379–384.

8. Мурашев Н.Ф. О некоторых положениях статьи В.Н. Курченко «Проблемы квалификации сбыта наркотиков: судебное толкование». Доктринальное толкование / Н.Ф. Мурашев // Наркоконтроль. 2015. № 2. С. 35–41.

9. Про обіг наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів й прекурсорів: Закон України від 15 лютого 1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.

Ведмидский А.В. Проблемы определения в судебной практике критериев разграничения сбыта и посредничества в приобретении наркотических средств. В статье рассматриваются проблемы квалификации сбыта наркотиков и посредничества в их приобретении, дается критический анализ сложившейся судебной практики. Автором оцениваются выработанные Верховным Судом Украины на основе гражданско-правовых категорий критерии разграничения сбыта и посредничества в приобретении наркотических средств, предлагаются изменения в законодательство.

Ключевые слова: посредничество, пособничество, инициатива в приобретении наркотика, сбыт в интересах приобретателя.

Vedmidsky O.V. Problems of definition in judicial practice the criteria of differentiation of sales and mediation in purchase drugs. Ukraine is in the process of building a democratic, legal state, one of the pillars of which is the comprehensive protection of human rights, life and health, honor and dignity, integrity and security.

Shortcomings of current legislation is one of the factors that complicate the work of law enforcement agencies to combat drug trafficking and reduce the effectiveness of public policies aimed at countering illicit trafficking. In the Ukrainian criminal legislation does not fully take into account the emergence of new manifestations of socially dangerous acts, including the activities of clandestine workshops (laboratories) for the production of drugs. Criminal legal fight continues, focused not on individuals engaged in the illegal sale of drugs, and the consumers of these "goods"; not carried out the unification of criminal law, which provides for liability for illegal acts of these funds for the purpose of sale or without purpose.

The article deals with problems of qualification of drug trafficking and brokering in their purchase, provides a critical analysis of the current judicial practice. The author estimates developed by the Supreme Court of Ukraine on the basis of civil law categories of criteria of differentiation marketing and mediation in purchase of drugs, the proposed changes to the legislation.

Keywords: mediation, aiding, initiative in the acquisition of drug sales, in the interests of the purchaser.

Надійшла до редакції 24.03.2016