

*Плекан В. В.,**аспірант кафедри кримінального права і кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка*

МІСЦЕ ПОСЕРЕДНИКА У МЕХАНІЗМІ НЕОБХІДНОЇ СПІВУЧАСТІ ЩОДО ПЕРЕДАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

Анотація. У статті досліджено доцільність визнання посередника у передаванні неправомірної вигоди необхідним елементом у механізмі необхідної співучасті між особами, які надають/одержують неправомірну вигоду.

Ключові слова: необхідна співучасть, посередництво, неправомірна вигода.

Постановка проблеми. У теорії кримінального права висловлені різні, інколи цілком протилежні позиції щодо підставності виділення поняття «необхідної співучасті». Цей термін не вживається законодавцем, а тому низка науковців ставить під сумнів доцільність його використання. Водночас ми вважаємо, що таке явище, як необхідна співучасть у кримінальному праві існує. Хрестоматійним прикладом необхідної співучасті вважають співучасть у наданні/одержанні неправомірної вигоди. Однак у межах цієї праці ми не будемо аналізувати необхідну співучасть у вказаному варіанті, оскільки це питання вже було предметом низки наукових досліджень. Натомість ми зупинимося на іншому важливому аспекті – питанні необхідної співучасті та місці посередника в механізмі вчинення злочинних дій щодо передавання неправомірної вигоди. Адже той факт, що існує нерозривний взаємозв'язок посередництва з відповідними суб'єктами основних злочинів надання/одержання неправомірної вигоди є очевидним. Тому й місце посередника у механізмі необхідної співучасті у зазначених основних складах злочинів потребує окремого дослідження.

Певні аспекти запропонованої для розгляду проблеми висвітлювалися у працях таких вчених, як Б. В. Волженкін, О. О. Жижиленко, Ю. І. Ляпунов, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, А. Н. Трайнін, О. Я. Светлов.

Мета статті полягає у встановленні того, чи посередник у передачі неправомірної вигоди є елементом у ланцюгу необхідної співучасті між особами, які надають/одержують неправомірну вигоду.

Виклад основного матеріалу. В науковій доктрині ще на початку ХХ століття існування необхідної співучасті в злочинах визнавав М. С. Таганцев [1]. Вчений стверджував, що існують такі діяння, які, здавалося б, можуть бути виконані тільки за наявності декількох співучасників. При цьому ця умова, на думку науковця, може залежати або від юридичної природи такого злочинного діяння, або від конструювання його складу законодавцем. Нова германська література надала цим випадкам особливу назву – «необхідна співучасть» (*concursum necessarius*).

Впродовж тривалого часу в теорії кримінального права ведеться успадкована ще з германської теорії кінця минулого століття дискусія про те, чи одержання і надання неправомірної вигоди є самостійними злочинами, єдиним злочином або «необхідною співучастю» [2, с. 5; 3; 4, с. 66]. Проф. М. С. Таганцев відзначав, що для давання/одержання неправомірної вигоди характерне «єднання воль» [1].

Факт одержання неправомірної вигоди приватною чи публічною службовою особою або ж особою, що надає публічні

послуги як підсумок злочинної домовленості, що посягає на нормальну діяльність публічного та приватного апарату управління, в будь-яких формах прояву завжди знаходиться в генетичній єдності з наданням неправомірної вигоди і до певної міри – з посередництвом в акті її давання/одержання. Посередництво ж є діянням, що виникає, супроводжує та «обслуговує» акт передачі та одержання неправомірної вигоди сторонами корупційної угоди. Тому неправильно і неможливо розглядати його відірвано, окремо від акту надання-одержання неправомірної вигоди.

Разом з тим виникає запитання чи є посередництво теж елементом, складовою необхідної співучасті і чи перебувають склади давання/одержання неправомірної вигоди загалом у співвідношенні необхідної співучасті. Для відповіді на ці питання необхідно спершу з'ясувати чи кореспондуючі дії (одержання/давання) із неправомірною вигодою є самостійними злочинами, єдиним злочином або «необхідною співучастю». Наступним кроком буде з'ясування місця посередництва у співвідношенні між даванням/одержанням неправомірної вигоди.

Спроба визначити давання та одержання неправомірної вигоди як окремі злочини, незалежні один від одного, не витримала критики науковців. Досліджуючи цю проблематику Д. Г. Михайленко у своїй науковій праці виділив аргументи, які наводять вчені на захист цієї позиції [5, с. 123-124; 6, с. 18]. Йдеться про ті тези, які наводять такі науковці як П. С. Дмитрієв, Б. В. Здравомислов, М. П. Карпушин, В. Ф. Кириченко, В. Е. Мельникова, М. О. Стручков, М. Д. Шаргородський та ін., визнаючи давання/одержання неправомірної вигоди окремими злочинами. Серед основних аргументів такі: у злочинах одержання/давання неправомірної вигоди різні об'єктивна сторона, різні суб'єкти, мотиви і цілі, ці склади злочинів розміщені в різних статтях КК України, вони віддалені між собою у часі.

Д. Г. Михайленко також заперечив ці доводи на основі того, що обидва злочинні діяння мають низку спільних ознак [5, с. 124; 6, с. 18-19]. В першу чергу вони є закінченими в один момент. Окрім цього, дослідник зауважив, що виокремлення в окрему статтю не свідчить про те, що одержання і давання неправомірної вигоди є різними злочинами й спробував обґрунтувати, що давання та одержання неправомірної вигоди мають єдину диспозицію [6, с. 18].

Доводиться зауважити, що законодавець досить часто нехтує правилами нормотворчості і цілком неправильно формулює основні, кваліфіковані склади злочинів, примітки до статей тощо, тому аргумент про виокремлення у окрему статтю або ж об'єднання в межах однієї статті Особливої частини КК не можна вважати беззаперечним. Варто звернути увагу на те, що законодавець веде мову про надання і одержання неправомірної вигоди і в межах різних частин однієї статті (ст. 368-3, 368-4 КК України). Тож в обґрунтування єдності або ж відокремленості давання і одержання неправомірної вигоди треба брати за основу інші аргументи, ніж законодавче формулювання в межах однієї або кількох статей.

Видається, що варто підтримати Д. Г. Михайленка і констатувати той факт, що між одержанням і даванням неправомірної

вигоди є багато спільного, вони ніби «пов'язані, переплетені». Один склад, одне діяння починає інше, а інше продовжує почате, слідує за ним (одержання продовжує давання). Обидві сторони корупційної угоди усвідомлюють суть предмета, що передається, розуміють за що, з якою метою відбувається така передача. Тож вести мову про те, що це два окремі різні злочини, оскільки в них різний суб'єкт і т.д. навряд чи можна. В цих складах і діяння, і об'єкт, і суб'єктивна сторона тісно переплетені. Вони або є спільними для аналізованих злочинних діянь, або максимально тісно зв'язані, змішані.

Однією з найбільш поширених позицій щодо юридичної природи та співвідношення давання та одержання неправомірної вигоди є позиція про те, що ці злочини перебувають між собою у співвідношенні необхідної співучасті. А. Я. Светлов вказував, що давання хабара не є самостійним злочином, тому що він не може бути закінченим без наявності закінченого одержання хабара [7, с. 227]. І. В. Солопова звертає увагу на те, що кожне з цих діянь не може бути вчинене саме по собі [8, с. 459]. Інші науковці стверджують, що у ланцюгу давання/одержання неправомірної вигоди вимагається наявність як однієї, так і іншої дії [9, с. 96]. Проф. В. О. Навроцький з цього приводу зазначає, що службова особа самостійно не може здійснити одержання неправомірної вигоди, для цього необхідно, щоб хтось її надав [10, с. 517]. Аналогічно й зворотне, і на цьому варто наголосити: одержання неправомірної вигоди теж не може бути закінченим без її давання.

Особа, яка надає неправомірну вигоду (в тому числі діючи під впливом примусу під час вимагання неправомірної вигоди), є необхідним співучасником такого злочину, оскільки вона умисно, спільно із приватно-правовою, публічно-правовою службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, бере участь у посяганні на один об'єкт (і навпаки).

Д. Г. Михайленко стверджує, що давання неправомірної вигоди не є самостійним злочином і становить собою необхідну співучасть в її одержанні, і слід акцентувати увагу не на тому, що давання неправомірної вигоди є лише випадком співучасті в її одержанні, а на тому, що одна особа не може самостійно вчинити закінчене посягання [6, с. 21]. Погоджуємося з науковою позицією про те, що лише злочинна діяльність кожного окремого співучасника дає змогу іншому виконати свій злочин, а на відміну від «класичної співучасті», коли дії співучасників спрямовані на те, щоб викликати чи забезпечити відповідні дії виконавця, при необхідній співучасті кожна з осіб виступає як виконавець свого власного злочину [12, с. 240]. Тож необхідна співучасть наділяє сторони відносною самостійністю, хоча вчинювані ними діяння неможливі одне без одного. Діяння, які утворюють необхідну співучасть або «йдуть паралельно» або слідує одне за одним. Разом з тим ці діяння є самостійними злочинами і дійсно, один суб'єкт (спеціальний) виконує одержання неправомірної вигоди, а інший (загальний) – давання.

Під час характеристики співвідношення злочинів давання/одержання неправомірної вигоди хочемо зупинитися на ознаці спільності. Загальновідомо, що ознака спільності є однією із ключових обов'язкових ознак «класичної» співучасті.

У «класичній» співучасті, причиною заподіяння істотної шкоди в злочинах з матеріальним складом (так само, як і створення загрози заподіяння істотної шкоди) є діяльність усієї системи співучасті. Тому діяльність окремого співучасника, взята сама по собі, ізолювано від діяльності інших та від діяльності системи, не може з необхідністю і закономірністю спричинити суспільно небезпечний результат.

Це твердження цілком можемо простежити і на прикладі необхідної співучасті, для якої властива якраз причинна (а не

взаємозумовлююча) залежність між функціями осіб, що діють спільно. В даному випадку під причинним зв'язком між даванням/одержанням неправомірної вигоди розуміється така об'єктивна залежність, при якій дії одного співучасника створюють необхідний «генетичний» зв'язок – причину для злочинного діяння іншої особи. Злочинне діяння одного суб'єкта робить можливим злочинне діяння іншого суб'єкта. Адже, якщо не буде того, хто дає неправомірну вигоду, не буде того, хто бере і навпаки, якщо немає такої особи, що здатна виконати конкретне діяння (дію або бездіяльність) в силу свого службового становища, повноважень чи професійної діяльності, то немає кому давати неправомірну вигоду.

У «класичній» співучасті дії кожного з суб'єктів виступають складовою частиною загальної причини настання злочинних наслідків. Для співучасті важливо встановити, що загальний (або спільний) внесок у вчинення одного злочину, при усій різноманітності індивідуального внеску кожної окремої особи, здійснюється все ж у рамках ознак об'єктивної сторони цього одного складу злочину, тобто, від початку й до моменту закінчення конкретного злочину згідно із нормою, що встановлює кримінальну відповідальність за нього.

Проте при необхідній співучасті злочинні дії винних мають самостійний характер. В даному випадку не можемо говорити про наявність функціональних зв'язків між співучасниками, які діють для досягнення загального результату, як це має місце при співучасті. Адже кожен з суб'єктів самостійний злочинних діянь, що утворюють необхідну співучасть, прагне досягти того результату, який потрібний особисто йому. Дуже часто спостерігається навіть різновекторність прагнень суб'єктів вказаних злочинів.

Особа, що дає неправомірну вигоду, має на меті передати предмет злочину і «одержати» дії чи бездіяльність, які погоджується виконати службова особа з використанням наданих їй повноважень за отриману нею неправомірну вигоду. Одержувач неправомірної вигоди спрямовує свою злочинну діяльність на те, щоб одержати неправомірну вигоду і виконати обумовлену винагородою дію чи бездіяльність в силу свого службового становища. Очевидно, що він не може спрямовувати свою злочинну поведінку на той же результат, що і особа, що надає неправомірну вигоду. Тому результат вчинених дій не співпадає і він не може в даному випадку вважатися загальним, спільним та однаковим для обох сторін.

Корупційну угоду про передачу неправомірної вигоди можна порівняти з цивільно-правовим договором, де волевиявлення «сторін» цієї злочинної угоди будується на паритетних засадах. Різниця в суб'єктивних ознаках пояснюється тим, що при необхідній співучасті не вимагається спільності мотивів, інтересів, цілей діяльності, навпаки – це є повністю допустимим. Важливим є лише усвідомлення спільності та протиправності дій [11, с. 193-194].

Якщо ми звернемося до тлумачних словників для з'ясування точного смислового значення слова «необхідний», можна знайти таке трактування: такий, без якого не можна обійтися, потрібний, обов'язковий; закономірний, не випадковий; закономірність, що впливає з самої природи явищ, речей, процесів [13, с. 346]. Саме у цьому значенні ми використовуємо категорію «необхідна співучасть» і в кримінальному праві.

Виходячи із викладеного, не можемо погодитися із тезою про те, що посередництво є однією зі складових підкупу (або ж хабарництва) поряд із наданням та одержанням неправомірної вигоди [5, с. 27-128; 14]. Надання і одержання неправомірної вигоди утворюють необхідну співучасть, яка, в свою чергу, вимагає необхідної обов'язкової участі усіх суб'єктів. Наявність

посередника у вказаному ланцюгу є можливою, але не обов'язковою ланкою.

Ознака «необхідності» застосовується в юридичній термінології для позначення тих явищ, процесів, дій чи осіб тощо, без яких взагалі неможливо обійтися. Їх участь вимагається як обов'язкова ознака, елемент події. І справді ми погоджуємося з тим, що застосування цього терміну допускається стосовно складів надання та одержання неправомірної вигоди, так як жоден із цих злочинів об'єктивно не може відбутися без іншого.

Але далеко не в усіх випадках посередник є обов'язковим, необхідним учасником у процесі встановлення, розвитку та реалізації корупційної угоди між її головними сторонами. Не виключено, що за відсутності такої потреби або за відсутності відповідної особи, яка могла би виконати функції посередника, головні фігуранти можуть безпосередньо домовитися та передати (одержати) неправомірну вигоду. В деяких випадках може відбутися добровільна відмова посередника в процесі досягнення корупційної домовленості чи її реалізації, що також не перешкоджає співучасникам довести злочин до кінця без участі посередника. Якщо особа, що надає неправомірну вигоду, або особа, що її одержує, відмовиться, тоді передача неправомірної вигоди і вчинення цих злочинів стають неможливими.

Підсумовуючи вищезазначене, ми вважаємо, що підхід до розуміння посередництва в злочинах, пов'язаних з переходом неправомірної вигоди як до елемента єдиного складного злочину чи як елемента «необхідної співучасті» є необґрунтованим. Посередник не може розглядатися як необхідний елемент того чи іншого варіанту інтерпретації, оскільки без його участі процес передачі предмета злочину може бути завершено виключно самими основними фігурантами корупційної угоди – особою, яка надає неправомірну вигоду та особою, що її одержує. А це, в свою чергу, саме по собі вже виключає обов'язковість, необхідність посередника під час вчинення акту давання/одержання неправомірної вигоди.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що посередник у злочинних діяннях із неправомірною вигодою не є обов'язковим елементом корупційної угоди, а тому і визнавати його складовою необхідної співучасті у даванні/одержанні неправомірної вигоди немає підстав.

Щодо перспективи подальших досліджень доречно зазначити, що потрібно чітко визначити співвідношення посередництва у передачі неправомірної вигоди із «класичною» співучастю. Нам видається, що ознака спільності, яка є обов'язковою ознакою співучасті, для посередництва характерна далеко не завжди. Однак це питання потребує окремого, більш детального висвітлення і буде предметом подальших наукових досліджень.

Література:

1. Таганцев Н. С. Уголовное право (Общая часть). Часть 1. По изданию 1902 года.: [Електронний ресурс] / Н. С. Таганцев // <http://allpravo.ru/library/doc101p/instrum105/>.

2. Здравомыслов Б. В. Квалификация взяточничества: Учебное пособие / Б. В. Здравомыслов. – М.: Норма, 1991. – 91 с.
3. Кучерявый Н. П. Ответственность за взяточничество по советскому уголовному праву / Кучерявый Н. П. – М.: Госюриздат, 1957. – 188 с.
4. Минц П. М. Курс уголовного права. Т. II. / П. М. Минц. – Рига, 1928. – 876 с.
5. Михайленко Д. Г. Концепція співвідношення давання та одержання хабара [Текст] / Д. Г. Михайленко // Право України. – 2010. – № 5. – С. 123-128.
6. Михайленко Д. Г. Підстави відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): дис. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д. Г. Михайленко. – Одеса, 2009. – 263 с.
7. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / Светлов А. Я.; отв. ред. Лановенко И. П. – Киев: Наук. думка, 1978. – 303 с.
8. Солопова И. В. Уголовно-правовая характеристика взяточничества / И. В. Солопова // Актуальні проблеми політики: збірник наукових праць; Одеська держ. юрид. акад.; відп. ред. Л. І. Кормич. – Одеса: Юрид. літ., 1997. – Вип. 15. – 2002. – С. 453-459.
9. Рогожин М. Посадові злочини за законодавством РФ: поняття, види, судова практика [Текст] / М. Рогожин // Юридичний журнал. – 2004. – № 1 (19). – С. 94-100.
10. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. – Київ: Знання. – 2000. – 771 с.
11. Волженкин Б. В. Служебные преступления / Волженкин Б. В. – М.: Юристъ, 2000. – 368 с.
12. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: [навч. посібник]. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
13. Словник української мови: в 11 томах. – Том 5. – 1974. [Електронний ресурс]. – <http://sum.in.ua>.
14. Папашвили Ш. Г. Проблема должностных преступлений и борьбы с ними по советскому уголовному праву и судебной практике (по материалам Грузинской ССР): автореф. дис. д-ра юрид. наук / Папашвили Ш. Г. – Тбилиси, 1983. – 54 с.

Плекан В. В. Место посредника в механизме необходимого соучастия в передаче неправомерной выгоды

Аннотация. В статье исследовано целесообразность признания посредника в передаче неправомерной выгоды необходимым элементом в механизме необходимого соучастия между лицами, которые дают / получают неправомерную выгоду.

Ключевые слова: необходимое соучастие, посредничество, неправомерная выгода.

Plekan V. The place of mediator in the mechanism of necessary participation in relation to the transmission of illegal benefit

Summary. The expedience of confession of mediator in the transmission of illegal benefit as an obligatory element in the mechanism of necessary participation in the residence-receipt of illegal benefit is discussed.

Key words: necessary participation, mediation, illegal benefit.