**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

**ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

**ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА**

*На правах рукопису*

**ПЛЕКАН Віталій Валерійович**

УДК 343.352 (237)

**КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА**

**ПОСЕРЕДНИЦТВО У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ**

Спеціальність 12.00.08. – кримінальне право та кримінологія;

кримінально-виконавче право

Дисертація на здобуття наукового ступеня

кандидата юридичних наук

**Науковий керівник:**

**Антонюк Наталія Олегівна,**

**кандидат юридичних наук, доцент**

**Львів – 2015**

**ЗМІСТ**

[ВСТУП 3](#_Toc452504891)

[РОЗДІЛ 1.](#_Toc452504892)  [ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЕРЕДНИЦТВО У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ………………………………… 12](#_Toc452504893)

[1.1 Стан дослідження кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди у науковій літературі 12](#_Toc452504894)

[1.2 Поняття «посередництво» у кримінальному праві України 24](#_Toc452504895)

[1.3 Правова природа посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди 29](#_Toc452504896)

[Висновки до розділу 1 40](#_Toc452504897)

[РОЗДІЛ 2](#_Toc452504898) . [АНАЛІЗ НАУКОВИХ ПОЗИЦІЙ ЩОДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОСЕРЕДНИЦТВА У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ………………………………………………………… 43](#_Toc452504899)

[2.1 Наукові позиції щодо вирішення проблеми кваліфікації посередництва у злочинних діяннях із неправомірною вигодою шляхом зміни Загальної частини КК України 43](#_Toc452504900)

[2.2 Наукові позиції щодо вирішення проблеми кваліфікації посередництва у злочинних діяннях із неправомірною вигодою шляхом зміни Особливої частини КК України 60](#_Toc452504901)

[Висновки до розділу 2 86](#_Toc452504902)

[РОЗДІЛ 3](#_Toc452504903) . [ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОЕКТУ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОСЕРЕДНИЦТВО У ПІДКУПІ»……………………………………………...….. 90](#_Toc452504904)

[3.1 Об’єктивні ознаки «Посередництва у підкупі» 90](#_Toc452504905)

[3.2 Суб‘єктивні ознаки «Посередництва у підкупі» 153](#_Toc452504906)

[3.3 Заходи кримінально-правового впливу за «Посередництво у підкупі» 173](#_Toc452504907)

[Висновки до розділу 3 184](#_Toc452504908)

[ВИСНОВКИ 189](#_Toc452504909)

[СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ 194](#_Toc452504910)

[ДОДАТКИ 216](#_Toc452504911)

# ВСТУП

**Актуальність теми.** Система складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, порівняно з іншими системами складів злочинів, розвивається найбільш динамічно. Упродовж останніх кількох років у кримінально-правовому регулюванні питань, що стосуються цієї системи складів злочинів, відбулося чи не найбільше фундаментальних змін. Очевидно, що внаслідок такого інтенсивного та неодноразового реформування вона набула якісно нового вигляду. На це вплинули такі фактори, зокрема, як доповнення розділу XVII Особливої частини КК України новими складами злочинів, диференціація кримінальної відповідальності залежно від суб’єкта та видового об’єкта посягань, поява нової групи спеціальних суб’єктів («особи, які надають публічні послуги»), застосування конвенційної термінології та ін.

Ставлення представників національної доктрини кримінального права до такої швидкої «європеїзації» українського антикорупційного законодавства щодо низки питань є неоднозначним і критичним. Інколи необхідність приведення національного кримінального законодавства у відповідність із європейськими стандартами стримувалася, однак у подальшому український законодавець доволі швидко здійснював процес імплементації норм міжнародно-правових актів у сфері протидії корупції в національне законодавство. Як наслідок, під час внесення відповідних змін до Кримінального кодексу України (далі – КК України), не завжди враховувалися особливості національної системи кримінального права, а механічно копіювалися ті положення, які прямо суперечать їй.

Однак, незважаючи на таке докорінне реформування антикорупційного законодавства (зокрема кримінального), не всі прогалини були усунуті. До цих пір залишилося поза увагою законодавця питання, яке не одне десятиріччя дискутується серед науковців, – кримінально-правова оцінка посередництва у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди. Такі діяння вважаються одними з найпоширеніших суспільно небезпечних діянь, які безпосередньо сприяють розвитку корупції в державі. Зауважимо, що у Кримінальному кодексі УРСР (1960 р.) була окрема стаття, яка стосувалася кримінальної відповідальності за посередництво у хабарництві.

Водночас щороку посередницькі послуги у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди набувають більш прогресивних і складніших форм, зокрема таких, які важко виявити. Діяльність посередників проникає у щораз ширшу сферу суспільних відносин: від найнижчих до найвищих ланок службової діяльності, від приватно-правових – до публічно-правових відносин. Попит на посередницькі послуги зростає прямопропорційно до підвищення загального рівня корупції.

Окрім цього, суспільна небезпечність посередництва також безпосередньо залежить від рівня, займаної посади, обсягу влади та службових повноважень суб’єкта одержання неправомірної вигоди, а також від виду суспільно-управлінських відносин. Чим більший управлінський вплив на прийняття необхідних рішень і можливості вчиняти або утриматися від вчинення необхідних дій одержувачем предмета злочину на користь зацікавлених осіб, тим більший розмір неправомірної вигоди та, відповідно, складніші шляхи доступу до таких публічних і приватних службовців. Задля забезпечення конспіративності та запобігання викриттю і притягненню до кримінальної відповідальності основних сторін злочинних корупційних угод, фігура посередника, як правило, є важливим елементом у схемі переходу неправомірної вигоди. Цей специфічний суб’єкт супроводжує, забезпечує та сприяє налагодженню контактів між сторонами корупційних домовленостей з метою успішної реалізації їх спільного злочинного умислу.

У вітчизняній кримінально-правовій науці немає окремих досліджень, які би стосувалися кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди (раніше – хабара[[1]](#footnote-1)). Однак різні аспекти означеної проблеми досліджували у своїх працях П. П. Андрушко, Акрам Трад Аль-Фаїз, М. І. Бакай, М. І. Бажанов, Л. П. Брич, С. В. Гізімчук, Д. М. Горбачев, О. М. Грудзур, О. О. Дудоров, А. А. Задорожний, К. П. Задоя, О. О. Кваша, Б. О. Кирись, В. М. Киричко, О. М. Костенко, В. П. Коваленко, М. В. Кочеров, В. П. Кушпіт, Д. І. Крупко, В. С. Лукомський, О. К. Марін, В. А. Мисливий, Д. Г. Михайленко, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, А. В. Савченко, О. Я. Свєтлов, Т. І. Слуцька, А. А. Стрижевська, І. О. Томчук, Д. А. Третьяков, В. І. Тютюгін, Ф. В. Шиманський, В. В. Шмигельський, В. Г. Хашев, М. І. Хавронюк, Н. М. Ярмиш та ін. Однак у цих працях посередництву у підкупі, яке виступає зв’язувальною ланкою в процесі передачі неправомірної вигоди, відводиться другорядна роль і означена проблема аналізується побіжно.

Тому можна констатувати, що у теорії кримінального права наявна низка проблем, пов’язаних із кримінально-правовою оцінкою посередницьких дій у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, зокрема йдеться про розуміння «посередництва», доцільність використання терміна «підкуп» під час позначення діянь із неправомірною вигодою, співвідношення посередництва зі співучастю, кримінально-правову оцінку дій посередника у підкупі загалом. Ці питання у науковій літературі розглянуті лише фрагментарно, однак, зважаючи на місце посередництва у механізмі корупції загалом, потребують негайного вирішення. Це засвідчує актуальність обраної теми дисертаційної роботи як для науки кримінального права, так і для правотворчої та правозастосовної діяльності.

**Зв’язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дисертація виконана на кафедрі кримінального права та кримінології юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка у межах тем: «Теоретико-прикладні проблеми кримінально-правової політики в Україні» (номер державної реєстрації 0110U004074), «Теоретико-прикладні проблеми удосконалення кримінального законодавства України» (номер державної реєстрації 0113U004175).

**Мета і задачі дослідження.** *Метою* дисертації є розробка теоретичних засад кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, пропозицій з удосконалення кримінального законодавства у частині відповідальності за ці діяння.

Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі *задачі*:

– визначити поняття посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди;

– з’ясувати обґрунтованість і доцільність позначення діянь, які полягають у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, обіцянці, пропозиції неправомірної вигоди та інших визначених законодавцем діяннях із неправомірною вигодою терміном «підкуп»;

– виокремити наукові підходи до кримінально-правового розуміння посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди;

– з’ясувати кримінально-правову природу посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди;

– визначити співвідношення між посередництвом у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди та співучастю у відповідних злочинах;

– розглянути доцільність виокремлення окремого складу злочину «Посередництво у підкупі» та з’ясувати зміст його елементів та ознак;

– сформулювати способи диференціації кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі;

– визначити доцільність спеціального звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі.

**Об’єкт дослідження** –суспільні відносини, порядок яких порушується під час надання та (або) одержання неправомірної вигоди**.**

**Предмет дослідження** – кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди.

**Методи дослідження** в роботі обрано з врахуванням предмета дисертації. Зокрема, *системно-структурний* метод використовувався в дисертації під час визначення правової природи посередництва у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди, виокремлення спільних і відмінних ознак співучасті і посередництва, з’ясування змісту елементів складу пропонованого автором проекту складу злочину «Посередництво у підкупі» (підрозділи 1.3, 2.1, 3.1, 3.2); *формально-логічний* метод використовувався для визначення ознак низки правових явищ, які досліджено у роботі, формулювання поняття «посередництво», з’ясування змісту неправомірної вигоди, підкупу (підрозділи 1.2, 3.1); *соціологічний* метод (опитування у формі анкетування та документальний) застосовано під час вивчення та узагальнення думок працівників правоохоронних органів щодо предмета дослідження, аналізу практики судових і правоохоронних органів щодо питань, які стосуються предмета дослідження (підрозділи 2.1, 2.2, 3.1).

У дисертації також використано спеціально-юридичні методи, зокрема: *історико-правовий* – під час вивчення наукових підходів до розуміння кримінально-правової природи посередництва у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди у доктрині радянського кримінального права і доктрині кримінального права незалежної України (підрозділи 1.1); *порівняльно-правовий* – для вивчення співвідношення поняття «посередництво» у різних галузях права, під час з’ясування кримінально-правової політики зарубіжних держав у ході кваліфікації дій посередника у підкупі (підрозділи 1.1, 1.2); *герменевтико-правовий* – для тлумачення текстів нормативно-правових приписів вітчизняного та іноземного законодавства (підрозділи 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3); *правового моделювання* – під час створення проекту статті до КК України, що встановлює кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі (підрозділи 2.2, 3.3); *техніко-юридичного аналізу* – для виділення форм посередництва у підкупі, окреслення видів неправомірної вигоди, виокремлення спеціальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі (підрозділи 3.1, 3.3).

Емпіричну основу дослідження становлять результати анкетування працівників судових і правоохоронних органів міста Львова (опитано 210 осіб), матеріали слідчої та судової практики (загалом опрацьовано матеріали 285 кримінальних проваджень).

**Наукова новизна** **одержаних результатів** полягає насамперед у тому, що дисертаційна робота є першим у вітчизняній кримінально-правовій науці комплексним дослідженням проблем кримінально-правової оцінки дій посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Найважливішими серед досягнутих результатів і новими для науки кримінального права є такі положення, що виносяться на захист:

***уперше*:**

1) доведено, що у теорії кримінального права доцільно використовувати словосполучення «посередництво у підкупі», яке охоплює діяльність, що спрямована на організаційне, інформаційне, інтелектуальне, технічне, фізичне та інше сприяння в укладенні корупційної угоди між її основними сторонами;

2) обґрунтовано доцільність використання терміна «підкуп», який охоплює все коло діянь із неправомірною вигодою, що визнані законодавцем злочинними, зокрема діяння, які пов’язані із наданням, одержанням, обіцянням, пропонуванням, проханням, вимаганням неправомірної вигоди;

3) розроблено проект статті, яка встановлює кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, та обґрунтовано доцільність її розміщення у розділі XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг»;

4) доведено, що є необхідність у межах нової статті встановити кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі у так званому широкому розумінні, тобто за посередницькі дії, які охоплюються інститутом співучасті, і за посередницькі дії, які виходять за межі інституту співучасті;

5) обґрунтовано безпідставність визнання закінченими злочинами обіцянки або пропозиції посередництва у підкупі, оскільки такі дії достатньо буде кваліфікувати, за наявності всіх необхідних умов, як готування до посередництва у підкупі;

***удосконалено:***

6) вчення про правову природу посередництва у підкупі: розуміння посередництва у підкупі як особливого виду співучасті; розуміння посередництва у підкупі як обов’язкового елемента у єдиному складному злочині; розуміння посередництва у підкупі як окремого складу злочину;

7) положення про, те що основним безпосереднім об’єктом посередництва у підкупі є нормальна службова діяльність у частині забезпечення авторитету відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного чи приватного права, осіб, що надають публічні послуги;

8) підхід до поділу неправомірної вигоди на два види залежно від її грошового або негрошового характеру, зокрема неправомірною вигодою, яка має грошовий характер, запропоновано визнавати грошові кошти, інше майно, пільги, деякі переваги та нематеріальні активи, а неправомірною вигодою, яка має негрошовий характер, – переваги та інші вигоди негрошового характеру, зокрема нематеріальні активи та пільги;

***дістали подальший розвиток****:*

9) підходи до широкого і вузького розуміння посередництва у підкупі. Відповідно до широкого розуміння, посередництвом у підкупі охоплюються і ті діяння посередника, що й інститутом співучасті, і діяння посередника, які виходять за межі інституту співучасті. Відповідно до вузького розуміння, посередництвом у підкупі охоплюються лише ті діяння, які не охоплюються інститутом співучасті;

10) наукові розробки щодо визначення кола випадків посередництва у підкупі, які не охоплюються інститутом співучасті у вчиненні злочину, зокрема наведено додаткові аргументи щодо того, що інститутом співучасті не охоплюються фізичне посередництво та позастороннє посередництво;

11) положення про кримінально-правову оцінку дій «удаваного посередника» і доцільність кваліфікації його дій як злочину проти власності, а саме – шахрайства та необхідність інкримінування удаваному посереднику у низці випадків підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди;

12) положення про доцільність виділення спеціальних підстав звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі, зокрема наведено нові аргументи щодо необхідності встановлення заохочувальної норми.

**Практичне значення одержаних результатів** полягає в тому, що наукові розробки, висновки та пропозиції, наведені у дисертаційній роботі, можуть бути використані:

– у законотворчій діяльності – під час удосконалення чинного законодавства у частині питань, що стосуються кримінальної відповідальності посередника у підкупі (лист-відповідь Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності № 04-18/11-3274 від 15.12.2015 р., лист-відповідь Комітету Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції № 04-19/12-7241 від 24.12.2015 р.);

– у практичній діяльності – під час використання наявних кримінально-правових норм у кримінально-правовій оцінці дій посередника у підкупі;

– у науковій діяльності – для подальших досліджень правової природи посередництва у підкупі та кваліфікації таких діянь;

– у навчальному процесі – під час викладання у вищих навчальних закладах курсу кримінального права України, підготовки підручників, науково-практичних посібників.

**Особистий внесок здобувача.** Положення, викладені в дисертації, розроблені автором особисто. Наукові ідеї та розробки, що належать співавторам опублікованих робіт, не використовуються. Висновки та положення дисертації мають самостійний характер. В опублікованих у співавторстві наукових працях особистим внеском здобувача є власні теоретичні розробки, які полягають у визначенні аргументів, що спростовують кваліфікацію діянь посередника у підкупі як виконавця надання та (або) одержання неправомірної вигоди.

**Апробація результатів дисертації.** Основні положення та висновки дисертації були оприлюдненні на семи міжнародних, всеукраїнських і регіональних науково-практичних конференціях, а саме: «Сучасні правові системи світу в умовах глобалізації: реалії та перспективи» (м. Київ, 30–31 травня 2011 р.); «Подальші наслідки реформування законодавства України» (м. Одеса, 18–19 червня 2011 р.); «Український та зарубіжний досвід реформування національної правової системи в контексті інтеграційних процесів» (м. Львів, 7–8 вересня 2012 р.); «Формирования государственного и мирового правопорядка: теоретическое и практическое обозрение» (Російська Федерація, м. Москва, 21–22 вересня 2012 р.); «Реформування національного та міжнародного права: перспективи та сьогодення» (м. Одеса, 21–22 вересня 2012 р.); «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 7–8 лютого 2013 р.); «Право, держава та громадянське суспільство в умовах системних реформ у процесі євроінтеграції» (м. Дніпропетровськ, 27–28 листопада 2015 р.).

**Публікації.** Основні положення та результати дисертаційної роботи відображено у тринадцяти наукових працях, серед яких 5 статей у фахових наукових виданнях України, 1 – в іноземному науковому виданні, а також у тезах 7-ми доповідей на науково-практичних конференціях.

**Структура дисертації.** Дисертаційна робота складається зі вступу, трьох розділів, які об’єднують вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел і додатків. Загальний обсяг роботи становить 226 сторінок, із яких: основний текст – 193 сторінки, список використаних джерел – 22 сторінки (212 найменувань), додатки – 11 сторінок.

# РОЗДІЛ 1

# ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОСЕРЕДНИЦТВО У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

## 1.1 Стан дослідження кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди у науковій літературі

Проблемам кримінальної відповідальності за підкуп (раніше – хабарництво) в Україні присвячені дисертації О.О. Дудорова («Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара», 1994); В.С. Лукомського («Кримінальна відповідальність за дачу хабара та посередництво в хабарництві», 1996); Акрам Трад Аль-Фаїза («Відповідальність за хабарництво за кримінальним законом Йорданії і України: Порівняльно-правове дослідження», 2002); М.І. Мельника («Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції», 2002); Д.І. Крупка («Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження)», 2005); Д.Г. Михайленка («Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара)», 2009); Бакай М.І. («Імплементація положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство», 2013).

У Російській Федерації дисертаційні дослідження були проведені такими вченими, як Р.С. Ібрагімов («Взяточничество и его квалификация», 1992); Матар Камел Деіб («Уголовная ответственность за взяточничество по законодательству Российской Федерации и Египта (сравнительный анализ)», 2002); О.В. Краснопеєва («Взяточничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты», 2002); О.В. Яковенко («Уголовно-правовая борьба со взяточничеством», 2004); А.В. Шабанов («Уголовно-правовые и криминологические аспекты взяточничества» Ростов-на-Дону, 2004); Р.А. Гребенюк («Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества», 2004); В.В. Шеретов («Противодействие взяточничеству: уголовно-правовой и криминологический аспекты», 2005); С.І. Вейберт («Взяточничество: проблемы квалификации и назначения наказания», 2007); С.М. Фоміних («Уголовная ответственность за получение взятки муниципальным служащим», 2008); Н.Г. Смоляная («Дача и получение взятки: уголовно-правовой аспект», 2008); О.О. Анікін («Взяточничество как коррупционное преступление и меры противодействия ему», 2009); С.С. Лут («Дача взятки: уголовно-правовое и криминологическое исследование», 2011); Е.А. Гейвандов («Получение и дача взятки (ст. 290, 291 УК РФ): проблемы законотворческой и правоприменительной деятельности», 2012).

Разом з тим питання кримінальної відповідальності посередника у підкупі у перелічених працях або взагалі не розглядалися або досліджувалися досить побіжно. Це пояснюється тим, що в них традиційно першочергова увага приділяється проблемам кваліфікації «основних» складів злочинів (надання та одержання неправомірної вигоди). Натомість посередництву, яке виступає зв’язуючою ланкою в процесі передачі неправомірної вигоди відводиться другорядна роль і в основному в перелічених працях означена проблема аналізується поверхнево.

У спеціальних дослідженнях, спрямованих на з’ясування всіх проблемних питань, що виникають під час кримінально-правової оцінки посередництва у підкупі, зокрема у дисертаційних дослідженнях А.В. Черноусова («Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве: анализ доктрины уголовного права и правоприменительной практики», 2012); В.О. Шафороста («Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве», 2013); М.І.Моісеєнка («Посредничество во взяточничестве: уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации», 2015), низка дискусійних питань або взагалі не розгялянуті, або ж немає пропозицій щодо кінцевого вирішення тих чи інших проблем.

Водночас, зауважимо, що у деяких працях, які присвячені інституту співучасті науковці аналізують питання співвідношення співучасті із посередництвом загалом.

Наведемо основні наукові підходи щодо проблем, які стосуються кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі та спробуємо визначити, які ж питання так і не знайшли вирішення у науковий літературі.

М.І. Бажанов вважав, що посередника у підкупі можна називати особою, яка надає неправомірну вигоду [13, c. 39]. Він може і не бути власником предмета злочину (наприклад, у разі незаконного його походження), однак цього, вважав автор, і не вимагається. Важливо тільки те, що певна особа передає неправомірну вигоду її одержувачу. Отже, посередник, на думку М.І. Бажанова, завжди виступає як особа, що надає неправомірну вигоду і повинен нести кримінальну відповідальність за її надання (тепер - ст. 369 КК України). Особу ж, яка передала посереднику предмет злочину науковець взагалі пропонував вважати підбурювачем до надання неправомірної вигоди. Таким чином, автор трактував посередника як виконавця злочину.

Зовсім іншу позицію висловлював О.Я. Свєтлов, вказуючи на основну відмінність посередництва від складу злочину давання хабара. Вчений зазначав, що якщо сприяння одній зі сторін співпадає з інтересами посередника або ці інтереси співпадають з інтересами хабародавця – має місце не посередництво, а давання хабара або співучасть у цьому злочині [163, c. 237].

Д.Г. Михайленко також наголошує на тому, що посередник не отримує внаслідок передачі цієї неправомірної винагороди «вигоди», яка полягає у вчиненні або невчиненні службовою особою (особою, що надає публічні послуги) будь-яких дій з використанням свого службового (професійного) становища [134, c. 278]. Тобто вчений вважає посередника нейтральною фігурою.

Р.Д. Шарапов, відмежовуючи фізичне посередництво від надання неправомірної вигоди, акцентує увагу на тому, що лише виконавець (співвиконавець) безпосередньо виконує об’єктивну сторону злочину, ознаки якого вказані в Особливій частині КК України [139, c. 72 – 73]. Тому якщо між виконавцем і пособником відмінності в об’єктивній стороні злочину очевидні, то між виконавцем (одержувачем неправомірної вигоди) і посередником в наданні-одержанні неправомірної вигоди, на думку вченого, зовнішніх і таких, що відносяться до об’єктивної сторони злочину, відмінностей немає. Але основне розмежування між ними Р.Д. Шарапов пропонує проводити по суб’єктивній стороні складу злочину: посередник усвідомлює, що отримує неправомірну вигоду не для себе; умислом посередника може не охоплюватися те, за які дії він одержує предмет злочину [139, c. 72 – 73].

Н.В. Тидикова, спростовуючи такий підхід щодо кваліфікації дій посередника, також вказує, що посередник, який не є службовою особою чи особою, що надає публічні послуги не може бути виконавцем одержання неправомірної вигоди, оскільки він, не будучи спеціальним суб’єктом, не може *повністю* виконати склад злочину одержання неправомірної вигоди [184, c. 139]. Авторка, характеризуючи злочини квазідоговірного характеру і, серед них, злочини, пов’язані з наркотичними засобами, психотропними, сильнодіючими та отруйними речовинами, також стверджує, що якщо виходити із цивільно-правового визначення поняття договору купівлі-продажу, то сторонами в ньому виступають особа, яка є власником предмету договору та особа, яка набуває собі у власність це майно [184, c. 138]. Посередники ж (особи, які діють від їх імені, в т.ч. за довіреністю) сторонами угоди не визнаються. Це ж стосується дарування чи інших легітимних угод.

О.О. Анікін вважає, що посередник у даванні хабара несе кримінальну відповідальність нарівні із хабародавцем як виконавець злочину, у випадках, коли в його діях є ознаки передавання хабара [6, c. 10]. На захист цієї позиції дослідник вказує, що немає підстав для принципового розмежування дій особи, що надає неправомірну вигоду та посередника в її наданні; не є для цього перешкодою і те, що посередник в наданні неправомірної вигоди діє в інтересах особи, що її надає [5, c. 19]. На його думку, діючи від імені (за проханням, дорученням) останньої, посередник знаходиться в психологічній спільності з особою, яка передає хабар. Автор стверджує, що в межах своїх функцій посередник переслідує спільну мету з особою, що надає неправомірну вигоду – передати предмет, обумовлений умовами корупційної угоди, а діяння посередника входить в механізм надання неправомірної вигоди як необхідний елемент [5, c. 19].

Б.В. Волженкін визначав посередника як «особу, що діє з боку хабародавця або хабароодержувача і передає предмет злочину безпосередньо самому хабароодержувачеві або посередникові, що діє з боку хабароодержувача» [41, c. 246 – 247]. У першому випадку, зазначав науковець, посередник представляє чужі інтереси, виступає не від свого імені і у жодному випадку не може бути ініціатором давання хабара, а в другому посередник виступає від імені і за дорученням хабароодержувача й отримує предмет злочину не для себе, а для передачі своєму довірителеві, який зобов’язався вчинити певні дії на користь особи, що надає неправомірну вигоду [41, c. 246 – 247].

Таку ж можливість кваліфікації діянь посередника як організатора, підбурювача або пособника підтримують російські вчені-криміналісти І.М. Тяжкова, Ю.М. Ткачевський [188, c. 125].

На думку М.Й. Коржанського, О.О. Кваші, посередництво в злочинах, пов’язаних з переходом неправомірної вигоди є особливим видом співучасті в наданні та одержанні неправомірної вигоди незалежно від того, кому сприяє посередник – особі, що надає предмет злочину чи особі, яка його одержує [91,c. 320; 81, с. 494]. Основним аргументом на користь цієї думки вчені називають те, що кваліфікація дій посередника залежить від того, в чиїх інтересах, на чиїй стороні і з чиєї ініціативи (особи, що надає неправомірну вигоду чи її одержувача) він діяв. Крім цього науковці також вказують на важливість ролі психічного ставлення посередника до вчинюваних дій, який повністю усвідомлює, що він діє в інтересах однієї із сторін акту надання-одержання неправомірної вигоди і бажає це зробити.

Є.В. Краснопеєва вказує, що за характером і змістом дій, що фактично здійснюються при посередництві в наданні та одержанні неправомірної вигоди, посередник не може бути віднесений до виконавця (співвиконавця), організатора цих діянь або підбурювача до того або іншого злочину; його слід вважати пособником у вчиненні цих злочинів [96, c. 47].

О.О. Кваша зауважує, що основна мета діяльності пособника зводиться до надання допомоги іншим співучасникам в їхній діяльності, а в спільній злочинній діяльності цей вид співучасника зміцнює своїми діями або бездіяльністю бажання та уже наявну рішучість у виконавця чи інших співучасників на вчинення злочину [81, c. 497].

Ф.Г. Бурчак вважає, що за своєю об’єктивною роллю у вчиненні злочину пособник, за рідкісними винятками, як правило є менш небезпечною фігурою, ніж інші співучасники зокрема через те, що ініціатива здійснення злочину належить не йому, він не керує злочинною діяльністю інших осіб, не виконує об’єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтями Особливої частини, він лише сприяє виконавцеві [22, c. 147].

Варто відзначити, що розуміння посередництва в злочинах, пов’язаних з переходом неправомірної вигоди як пособництва основним суб’єктам у вчиненні акту надання-одержання неправомірної вигоди є досить поширеним в юридичній літературі [70, c. 152; 116, с. 143; 182, с. 51].

Є.В. Краснопеєва вважає, що пособництвом можна визнавати тільки інтелектуальне посередництво в наданні та одержанні неправомірної вигоди, тобто таке, яке виявляється в порадах, вказівках або наданні інформації. Фізичне ж посередництво не наділене жодною з ознак, що альтернативно характеризують пособництво [97, с. 36].

О.С. Капінус називає «кваліфікацію посередництва у хабарництві як співучасті» застосуванням кримінального закону по аналогії, так як жодному з видів співучасті злочинна діяльність посередника не відповідає [77, с. 23]. В тому числі не відповідає вона й пособництву за ознакою надання засобів чи знарядь вчинення злочину.

Характеризуючи діяння посередника з боку одержувача неправомірної вигоди, проф. Б.В. Волженкін наполягав на тому, що такий посередник виступає від імені і за дорученням цього одержувача [41, с. 246 – 247].

М.І. Моісеєнко вважає, що юридичний зміст даного посередникові доручення особою, що надає або одержує неправомірну вигоду полягає в тому, що його злочинна діяльність здійснюється за повноваженням, наданим однією зі сторін кримінально караної корупційної угоди [139, с. 71 – 77].

Зміст даного посередникові повноваження (доручення) А.Васецов визначає як прийняття неправомірної вигоди від особи, що її надала і вручення її службовій особі (особі, що надає публічні послуги), яка є одержувачем неправомірної вигоди. Тому предмет злочину ввіряється посереднику особою, яка надає неправомірну вигоду з метою наступного передання її одержувачу [24, с. 13].

Основна причина, що не дозволяє ототожнити «доручення» з «ініціативою», на думку А. Васецова, полягає в досить широкому трактуванні поняття посередництва та можливості його здійснення як в традиційній (фізичній) формі, так і в більш складній (інтелектуальній) формі. Остання ж, на його думку, ніяк не залежить від того, кому належить ініціатива здійснення іншого сприяння особі, що надає та (або) одержує неправомірну вигоду в досягненні або реалізації домовленості між цими особами про одержання і надання предмету злочину.

Б.В. Волженкін категорично заперечував можливість того, що ініціатива в наданні неправомірної вигоди може виходити від посередника, який виступає на стороні особи, що надає неправомірну вигоду [42, с. 23; 114, с. 306; 115, с. 442].

Формулювання «за дорученням особи, що надає або одержує неправомірну вигоду»не означає, на думку проф. П.С. Яні, що у випадку безпосереднього передання предмету злочину одній зі сторін злочинної угоди ініціатива такого передання обов’язково повинна виходити від майбутніх одержувача неправомірної вигоди чи особи, що її надає [211]. В такому разі, на думку Н.В. Артеменко, А.М. Мінькової, посередник за характером своїх дій фактично виступає в ролі підбурювача або організатора (тобто, вчені також допускають можливі варіанти кваліфікації діянь посередника та поєднання ним кількох ролей одночасно) [9].

Цю позицію підтримує також Ш.Г. Багавудінов, який не виключає співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди й за умови, коли посередник діє не за своєю ініціативою [11, с. 41]. Посередник, який діє як пособник, може, на думку вченого, не лише на прохання співучасників, але і за власною ініціативою давати поради, вказівки, заздалегідь обіцяти приховати здобуте злочинним шляхом майно і т.д. Тому критерієм для розмежування тут не може виступати ініціатива в одержанні неправомірної вигоди: посередник може виступити й ініціатором (de facto підбурювачем, організатором) одержання або надання неправомірної вигоди.

Подібна ініціатива з точки зору М.І. Моісеєнка не суперечить і тому, що в кінцевому результаті при безпосередній передачі цінностей, посередник все одно вважається таким, що діє за дорученням виконавців основних корупційних злочинів [140, с. 51].

У наукових колах була висловлена ще одна концепція щодо розуміння посередництва у підкупі, відповідно до якої одержання, давання (надання) неправомірної вигоди та посередництво в цих злочинах вважалося єдиним складним двостороннім злочином (інколи використовуються терміни «злочин особливого роду», «двоєдиний процес»). Прихильниками такого підходу є М.Д. Дурманов, Р.А.Гребенюк, А.К. Квіцинія, М.П. Кучерявий, В.Д. Лаптеакру, Д.Г.Михайленко, Ш.Г. Папіашвілі, О.Б. Сахаров, Є.Л. Стрельцов, Б.С. Утевський.

Так, А.К. Квіцинія у кримінологічному розумінні називає одержання, надання неправомірної вигоди і посередництво в цих злочинах пов’язаними між собою формами злочинної поведінки [83, с. 95]. Загалом, як вважає дослідник, вони утворюють єдине соціально-правове явище з визначеними якісними характеристиками і, головне, з єдиною антисоціальною спрямованістю. Водночас, із позиції юридичної (кримінально-правової) характеристики, необхідно, на його думку, спиратися на структуру кримінального закону, який, охоплюючи зміст і специфічні особливості цих діянь, виокремлює кожну з цих форм у самостійний склад злочину.

Аналогічну точку зору висловив Є.Л. Стрельцов, виступаючи офіційним опонентом на захисті В.С. Лукомським дисертації з проблем відповідальності за давання хабара і посередництво в хабарництві 16 жовтня 2006 року. З огляду на схожу природу цих злочинів, у кримінально-правовій літературі пропонувалося навіть об’єднати всі три склади – одержання, давання хабара і посередництво в хабарництві - в одну статтю «Хабарництво» [149, с. 11]. Зауважимо, що ст. 169 КК УРСР 1960 року встановлювала кримінальну відповідальність за посередництво в хабарництві. Отже, у вітчизняному кримінальному законодавстві вже був досвід використання збірного поняття «хабарництво» безпосередньо у тексті кримінального закону.

А.К. Квіцинія називає спір про юридичну природу хабарництва й окремих його форм безпредметним, а розгляд його як єдиного складного злочину чи навіть необхідної співучасті – таким, що суперечить чинному законодавству і здатний внести тільки плутанину в практику й ускладнити кваліфікацію [84, с. 127]. Д.Г. Михайленко, навпаки, не погоджується з таким висновком науковця і вважає, що єдине соціально-правове явище, яким є хабарництво, необхідно розглядати аналогічно як із кримінологічної, так і з точки зору юридичної характеристики, а не аналізувати їх абстрактно одна від одної, розподіляючи на форми [136, с. 22].

Д.Г. Михайленко у дисертаційній роботі обґрунтував доцільність визнання хабарництва єдиним складним двостороннім злочином, який містить два необхідні взаємопов’язані елементи – давання й одержання хабара, сторони якого є необхідними співвиконавцями [136, с. 25]. Аргументуючи свій підхід, вчений звертає увагу на те, що надання та одержання неправомірної вигоди є обов’язковими (конструктивними) елементами єдиного процесу – хабарництва; ці діяння посягають на один і той же безпосередній об’єкт; вважаються закінченими в один момент і не можуть бути доведеними до кінця самостійно; мають єдину диспозицію, що свідчить про спільність їх об’єктивної сторони; характеризуються спільністю умислу [136, с. 22 - 25].

Досліджуючи проблему співвідношення надання та одержання неправомірної вигоди, В.Д. Лаптеакру зауважив, що вказівка на те, що акт надання-одержання неправомірної вигоди за суттю є неправомірною угодою, і те, що в корупції є елементи «кримінального договору», також свідчать про єдину природу цих трьох видів корупційної поведінки [118, с. 26].

Ш.Г. Папіашвілі, окреслюючи підхід до розуміння хабарництва як єдиного складного злочину, серед його елементів називає чомусь і посередництво в злочинах надання та (або) одержання неправомірної вигоди [149, с. 11; 84, с. 127]. Аналогічну позицію висловлює А.І. Кантимир, зазначаючи, що хабарництво об’єктивно складається з одержання неправомірної вигоди, що здійснюється саме службовою особою, і двох інших злочинів – надання неправомірної вигоди і посередництва в цьому, що у власному розумінні не є службовими злочинами, бо можуть здійснюватися також загальним суб’єктом [76, с. 107].

Необхідність існування окремого складу злочину – посередництво в хабарництві – обґрунтував Б.В. Волженкін. Професор зауважував, що спроби відмовитися від складу «Посередництва в хабарництві» простежувалися у радянському кримінальному праві, однак практика швидко виявила недоліки такого рішення [43, с. 372]. Вчений вважав, що кваліфікація дій посередника як співучасника в даванні хабара або як співучасника в одержанні хабара не відображає тієї об’єктивної і суб’єктивної обставини, що посередник пов’язаний з обома суб’єктами хабарництва і умисно сприяє вчиненню обох злочинів [43, с. 374].

Аналогічні міркування висловлює Є.К. Шевирін, аналізуючи КК РФ. Вчений зауважує, що спробу відмовитися від окремої норми про відповідальність посередника законодавець вже здійснював, однак через рік був змушений знову передбачити відповідальність посередника за хабарництво в окремій статті КК [204, с. 31, 33].

На проблему включення/виключення із КК окремої статті, яка передбачала відповідальність посередника у наданні-одержанні хабара, звертає увагу О.О. Кваша. Вчена влучно зауважує, що коли існувала окрема норма «посередництво у хабарництві», вчені обґрунтовували її недоцільність, оскільки таке діяння вважали співучастю у даванні-одержанні хабара; сьогодні, коли ця норма у кримінальному законі скасована, вчені аргументують необхідність її повернення, доводячи специфіку посередництва, яке не охоплюється повною мірою жодним із видів співучасті у злочині [81, с. 495]. Як висновок, О.О. Кваша вважає, що посередництво у хабарництві є особливим різновидом співучасті і загалом не охоплюється видами співучасті, тому обґрунтована необхідність зміни ст. 369 КК України так: «Давання хабара і посередництво у хабарництві» [81, с. 499].

В.В. Шмигельський обґрунтовує доцільність окремої статті про кримінальну відповідальність посередника у хабарництві не лише характером діяльності, специфікою ролі посередника, а й зарубіжним досвідом. Так, автор зауважує, що окремі норми про відповідальність посередника у хабарництві містяться у КК Республіки Польща (ст. 230), Республіки Болгарія (ст. 305), Республіки Білорусь (ч. 2 ст. 432) [207, с. 139].

Доцільність існування у КК окремої статті, яка встановлює кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, підтримують і інші дослідники (Акрам Трад Аль-Фаїз, О.М. Грудзур, І.П. Семченков) [2; 52, с. 138; 164, с. 17 – 18].

Б.О. Кирись також зазначає, що доки існувала окрема норма «посередництво в хабарництві», вчені обґрунтовували її недоцільність, оскільки таке діяння є співучастю у даванні-одержанні хабара; сьогодні, коли ця норма у кримінальному законі скасована, вчені аргументують необхідність її повернення, доводячи специфіку посередництва, яке не охоплюються повною мірою жодним із видів співучасті у злочині [85]. Науковець зауважує, що посередництво у хабарництві є особливим різновидом співучасті у злочині, яке повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими у ст. 27 КК [85].

Пропонуючи відповідні зміни до КК, які полягають у його доповненні новою кримінально-правовою статтею, Д.Г. Михайленко робить такі висновки: 1) посередник у хабарництві (як інтелектуальний, так і фізичний) – це особлива фігура, яку необхідно відрізняти від хабародавця та хабароодержувача; 2) посередництво в хабарництві необхідно розділяти на посередництво в хабарництві з ознаками співучасті та посередництво в хабарництві без ознак співучасті (позастороннє посередництво); 3) посередництво з ознаками співучасті кваліфікується як пособництво, тому що повністю відповідає його природі, а позастороннє посередництво не може бути оцінене з позицій чинного кримінального закону, тому доцільно передбачити окрему норму про відповідальність за цей різновид злочинної діяльності [134, с. 282].

В.А. Шафорост, обґрунтовуючи доцільність установлення кримінальної відповідальності за посередництво у хабарництві в окремій статті КК РФ, вказує, що відсутність такої окремої статті до 2011 р. призводила на практиці до поширювального тлумачення положень ч. 5 ст. 33 КК РФ, яка передбачає вичерпний перелік діянь пособника у злочині [203, с. 9]. Дослідник зазначає, що необхідність існування статті Особливої частини кримінального законодавства про відповідальність за посередництво у хабарництві обґрунтована саме тим, що вона покликана заповнити прогалину в законодавчій регламентації відповідальності осіб, які беруть участь у даванні і одержанні хабара [203, с. 9]. Однак позиція автора щодо змісту норми КК, яка встановлює відповідальність за посередництво в хабарництві, ідентична із пропозицією Д.Г. Михайленка. Відмінним є лише те, що Д.Г. Михайленко пропонує доповнити відповідною статтею КК України, а В.А. Шафорост аналізує вже існуючу норму КК РФ про посередництво в хабарництві.

Отож, у кримінально-правових дослідженнях немає єдиної позиції щодо низки актуальних питань, які стосуються кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Висновки, які роблять науковці, інколи цілком протилежні або взаємовиключні.

До питань, які не вирішені у науковій літературі, варто віднести такі: різне розуміння правової природи посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; підходи до співвідношення співучасті із посередництвом у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; співвідношення посередницької із діяльністю можливих співучасників у злочині (насамперед із діяльністю посередника, співвиконавця); питання щодо можливості ініціювання надання та (або) одержання неправомірної вигоди посередником; визнання посередництва у підкупі елементом єдиного складного злочину; необхідність виділення окремої статті, що стосувалася б оцінки дій посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; варіанти конструювання такої нової статті.

## 1.2 Поняття «посередництво» у кримінальному праві України

Дослідження будь-якого поняття варто розпочати зі з’ясування розуміння його змісту у літературі загалом. Адже, встановлювати кримінально-правове розуміння поняття посередництва без аналізу загальнотеоретичного, загальноправового розуміння цього терміна було би передчасно і непослідовно. Тому коротко з’ясуємо зміст посередництва загалом, дослідимо використання цього терміна у праві, без прив’язки до конкретної галузі.

Термін «посередництво» вживається в різних значеннях, залежно від того, про який різновид соціальних відносин йдеться. Так, посередництво визначають як сприяння у встановленні або здійсненні ділових контактів, торговельних, дипломатичних та інших зносин між ким -, чим-небудь; сприяння примиренню [25, с. 1076]. У словнику В. Даля подано таке тлумачення терміна «посередник»: посередник – це третій, обраний двома сторонами для спілкування, а посередництво – це будь-яка діяльність, що здійснюється для зведення (угоди) двох осіб чи сторін, для схиляння одного до продажу, іншого - для купівлі чи до примирення [55, с. 341].

В академічному тлумачному словнику української мови знаходимо такі інтерпретації поняття посередництва: сприяння у встановленні або здійсненні ділових контактів, торговельних, дипломатичних та інших зносин між ким-небудь; допомога у налагодженні спілкування між ким-небудь; сприяння примиренню кого-небудь, встановленню миру між ворожими державами; те, що виступає проміжною ланкою у взаємодії між чим-небудь або в процесі перетворення чогось; той, хто умовляє когось помиритися [166, с. 316]. В економічному значенні посередництво визначено як форму організації ринкових відносин, що становить надання спеціалізованим учасником ринку (посередником) послуг третій особі щодо укладання угод для них [59, с. 3].

У юридичних словниках та енциклопедіях зміст терміна «посередництво» розкривається лише щодо норм міжнародного права, а терміна «посередник» – також у межах трудового, цивільного та господарського законодавства. Так, у міжнародному праві посередництво – це один з мирних засобів розв’язання міжнародних спорів, що полягає у веденні переговорів державою або групою держав, міжнародною організацією, окремою особою (наприклад, главою держави, посадовою особою міжнародної організації, відомим громадським діячем), що не бере участі у спорі, з метою віднайдення компромісних шляхів мирного врегулювання міжнародного спору. Інститут посередництва закріплений у ст. 33 Статуту ООН, ст. 3 Хартії Організації Африканської Єдності (ОАЄ), ст. 21 Статуту Організації Американських Держав (ОАД), Гаазьких конвенціях про закони та звичаї війни 1899 і 1907 р. та інших міжнародно-правових документах [209, с. 685].

Комерційне посередництво визначається як дії фізичних або юридичних осіб (брокерів, маклерів, дилерів), спрямовані на пошук контрагентів для укладення угоди в інтересах клієнтів. У результаті комерційного посередництва угоди можуть бути підписані клієнтами (продавцем і покупцем, підрядником і замовником, відправником вантажу і перевізником тощо), зведеними комерційним посередником або самими посередниками за дорученням клієнтів від його імені та за їхній рахунок чи від власного імені, за власний рахунок, але для клієнта. У практиці відомі різні за змістом види посередників, сутність діяльності яких полягає в їхньому сприянні у ролі посередника одній чи кільком організаціям у встановленні взаємовигідних зобов’язань, вирішенні економічних проблем. Відносини комерційного посередництва реалізуються у правових формах договору доручення, комісії, консигнації, договору з інформаційного чи довідково-інформаційного обслуговування тощо [209, с. 685].

У колективних трудових спорах незалежним посередником виступає визначена за спільним вибором сторін колективного трудового спору (конфлікту) особа, яка сприяє встановленню взаємодії між сторонами, проведенню переговорів між ними, бере участь у виробленні примирною комісією взаємоприйнятного рішення. Статусу незалежного посередника набуває особа, підготовлена Національною службою посередництва і примирення, у разі визнання її за спільним вибором сторонами колективного трудового спору (конфлікту) [69].

Ми навели декілька визначень поняття посередництва, щоби продемонструвати, що само собою посередництво не містить негативного значення. Посередницька діяльність є цілком легітимною в окремих соціально-економічних і правових галузях. Загалом можемо розглядати таку діяльність як допомогу і сприяння у здійсненні тих чи інших цивільно-правових і господарсько-правових угод та як інструмент з урегулювання конфліктів. Однак посередництво в діяннях, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди, у кримінальному праві перетворюється на фактор, який провокує вчинення корупційних діянь і безпосередньо сприяє виникненню корупції.

Поняття посередництва в хабарництві вперше було регламентовано в кримінальному праві дореволюційної Росії в кінці XIX ст. Так, ще в Уложенні про кримінальні та виправні покарання 1845 року описувались випадки співучасті та посередництва у хабарництві, вимагання хабара, а також причетності до вчинення цих злочинів [195]. У Кримінальному уложенні 1903 року питанню посередництва в хабарництві була присвячена ст. 660, згідно з якою службова особа, винна в наданні завідомо обіцяного сприяння особі, що вчинила хабарництво, передання хабара, прийняття його від свого імені чи вчинення іншого посередництва, - карається як пособник у вчиненні цих злочинів [191].

У середині 20-х років ХХ ст. було здійснено кодифікацію кримінально-правових норм, що відобразилось у прийнятті 1922 року Кримінального кодексу УРСР, у якому склад злочину давання хабара – виділено в окрему статтю (ст. 114а), що містила дві частини: просте давання хабара та посередництво в хабарництві.

У подальшому в КК УРСР 1960 року посередництво в хабарництві виділено в окремий склад злочину, передбачений ст. 169. Під посередництвом у хабарництві розуміли передачу за дорученням хабародавця або хабарника предмета хабара. Дії посередника кваліфікувались з огляду на те, в чиїх інтересах, на чиїй стороні і за чиєю ініціативою – того, хто давав, чи того, хто одержував хабар, – він діяв.

Із прийняттям нового Кримінального кодексу України 2001 року окрему статтю, що передбачала відповідальність за посередництво у хабарництві, було виключено. Це рішення у пояснювальній записці до зазначеного законопроекту обґрунтовувалося тим, що «такі дії (посередництво в хабарництві) караються як пособництво в більш тяжкому злочині - даванні хабара».

Попри це, для правильного розуміння сутності посередництва в кримінально-правовому сенсі, а саме посередництва у незаконних діях із неправомірною вигодою, необхідно з’ясувати правову природу цього явища та його роль у механізмі вчинення незаконних дій із неправомірною вигодою.

У КК України законодавець визнав злочинними низку дій із неправомірною вигодою. Зокрема, йдеться про пропозицію, обіцянку, надання неправомірної вигоди, з одного боку, та прийняття пропозиції, обіцянки, одержання, прохання, вимагання неправомірної вигоди - з іншого. Раніше у теорії кримінального права діяльність щодо давання та одержання хабара об’єднували терміном «хабарництво». Відповідно, діяльність посередника у таких діях називали посередництвом у хабарництві. Після відмови законодавця від використання терміна «хабар» виникло питання про те, яким терміном або ж словосполученням можна об’єднати дії, пов’язані із неправомірною вигодою.

Зауважимо, що законодавець у тексті КК України застосовує новий термін «підкуп». Видається, ним можна об’єднати всі діяння, пов’язані із неправомірною вигодою, які законодавець вважає злочинними. І сама собою конструкція «посередництво у підкупі» не буде громіздкою. Тому у роботі використовуватимемо як синонімічні конструкції «посередництво у підкупі», «посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди». Очевидно, що терміни «надання та (або) одержання» не відображають всі злочинні діяння із неправомірною вигодою, які законодавець вказав у розділі XVІІ Особливої частини КК України. Однак вони чітко ілюструють дві сторони так званої корупційної угоди і дають можливість чітко зрозуміти, про яку зі сторін такої злочинної угоди йдеться.

Водночас зауважимо, що законодавець використовує термін «підкуп» ще у кількох статтях КК України. Зокрема, йдеться про ст. 160 КК України («Підкуп виборця, учасника референдуму») і про ст. 354 КК України («Підкуп працівника підприємства, установи чи організації»). Вважаємо, що застосування терміна «підкуп» у цих статтях є невдалим. Так, у ст. 354 КК України законодавець невиправдано розширив об’єктивну сторону складу злочину, відмовившись від вказівки на те, що злочинними є лише такі діяння працівників підприємств, установ чи організації, які полягають у вимаганні неправомірної вигоди. Вважаємо, що варто було б замість терміна «підкуп» у означеній статті вести мову про вимагання неправомірної вигоди.

Щодо ст. 160 КК України, то вважаємо треба констатувати таке. Видається, що необхідного ступеня суспільної небезпеки, щоби бути визнаним злочином, досягає лише надання неправомірної вигоди виборцю. Обіцянку чи пропозицію такого підкупу, на нашу думку, достатньо визнати лише стадіями відповідного незакінченого злочину. Як наслідок, частину діянь, передбачених у диспозиції ст. 160 КК України, варто декриміналізувати і замість терміна «підкуп» вживати «надання».

З урахуванням вказаних зауважень, можна підсумувати, що поняттям «підкуп» у Кримінальному кодексі будуть об’єднані ті діяння, які пов’язані із наданням, одержанням, обіцянням, пропонуванням, проханням, вимаганням неправомірної вигоди.

Стосовно терміна «посередництво», то вважаємо, що посередництво – це будь-яка діяльність, спрямована на укладення угоди (зокрема досягнення домовленості щодо укладення такої угоди) між основними учасниками такої угоди. Якщо характеризувати посередницьку діяльність щодо підкупу, що така діяльність посередника спрямована на будь яке організаційне, інформаційне, інтелектуальне, технічне, фізичне та інше сприяння в укладенні корупційної угоди між основними сторонами такої корупційної угоди.

У теорії кримінального права містяться найрізноманітніші підходи та інтерпретації інституту посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Така неоднозначність вкотре підтверджує не лише актуальність дослідження цього питання, але і його складність. Проаналізувавши наявні у кримінально-правовій літературі позиції, ми виокремили три основні підходи до розуміння правової природи посередницьких дій:

– розуміння посередництва як особливого виду співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди (посередницькі дії за такого розуміння кваліфікуються в межах інституту співучасті та не потребують виділення їх в окрему норму);

– розуміння посередництва як одного з елементів так званого складного складу злочину;

– розуміння посередництва як окремого складу злочину, який потребує самостійного виділення в окремій статті Особливої частини КК України.

Ці підходи доволі детально проаналізовані у кримінально-правовій літературі. Вони, своєю чергою, теж поділяються на більш конкретизовані. Так, наприклад, перший підхід до розуміння посередництва у незаконних діях із неправомірною вигодою, тобто розуміння посередництва як особливого виду співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, передбачає наукові позиції щодо кваліфікації відповідних дій як пособництва, організаторства, виконавства або підбурювання до вчинення відповідних дій.

Таким чином, виникає необхідність у детальному вивченні всіх перелічених підходів до розуміння посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди і висловлення власного бачення щодо доцільності певної кримінально-правової оцінки таких дій.

## 1.3 Правова природа посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди

У підрозділі 1.1 ми навели наукові позиції щодо розуміння посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. У цьому підрозділі здійснимо критичний аналіз згаданих наукових позицій і висвітлимо власні міркування щодо їх обґрунтованості.

Розпочнемо з аналізу першого підходу, відповідно до якого посередництво визначається особливим видом співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Наголосимо, що у кримінально-правовій літературі цей підхід має власний поділ. У межах розуміння посередництва як особливого виду співучасті необхідно виділити ще декілька запропонованих і обґрунтованих у науковій літературі варіантів кваліфікації дій посередника.

Систематизувавши наявні в теорії кримінального права наукові позиції щодо правової природи посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди в межах інституту співучасті, ми виокремили три підходи до кваліфікації дій посередника:

як виконавця основних складів злочинів надання та (або) одержання неправомірної вигоди;

можливість варіативної оцінки дій посередника як підбурювача, організатора або пособника;

кваліфікація дій посередника виключно як пособника (ця точка зору найбільш поширена серед дослідників проблем кваліфікації посередництва).

Позиція щодо віднесення посередника до виконавця надання неправомірної вигоди була критично оцінена більшістю вчених. Слід указати, що посередник суттєво відрізняється від виконавців цих злочинів – особи, що надає неправомірну вигоду, та її одержувача. Адже він діє не від свого імені і, відповідно, не в своїх інтересах, а на прохання або за дорученням основних виконавців корупційних злочинів.

На нашу думку, навіть незважаючи на те, що за конструкцією об’єктивної сторони як основні склади злочинів (надання/одержання неправомірної вигоди), так і посередництво в них є злочинами з формальним складом, і для кваліфікації таких дій як закінченого злочину неважливо, чи виконає в подальшому службова особа (особа, що надає публічні послуги) обумовлені неправомірною вигодою діяння, все ж спрямованість умислу є однією з тих ознак, яка не дає можливості ототожнювати діяння виконавця та посередника.

Зазначимо про ще одну ознаку, що не дозволяє ототожнити посередника та виконавця надання та (або) одержання неправомірної вигоди. Ця ознака виражається в тому, що предмет злочину не є власністю посередника (на відміну від особи, що надає неправомірну вигоду) і не розглядається винним як такий, що переходить у його власність (якщо теоретично розглядати його як виконавця з боку одержувача неправомірної вигоди) [94].

Видається, що здатність розпоряджатися предметом злочину як власним є однією з головних ознак особи, що надає неправомірну вигоду. Адже, виступаючи посередником, особа лише реалізовує вольовий акт виконавця надання неправомірної вигоди щодо розпорядження предметом злочину.

Другий підхід до розуміння посередництва у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди в межах інституту співучасті – можливість варіативної оцінки цих дій як дій пособника, підбурювача або організатора.

У літературі висловлено міркування про неможливість ініціювання підкупу посередником, що, як наслідок, спричиняє неможливість визнання такого посередника підбурювачем у злочині. Тому необхідно вивчити питання про те, від кого може надходити ініціатива щодо передачі неправомірної вигоди.

Посередник передає предмет злочину від імені того, хто уповноважив його на це та в його (або їхніх) інтересах. Власних інтересів від дій, обумовлених неправомірною вигодою, як зазначалося, він не має. Можемо провести паралель із цивілістичним визначенням договору доручення, відповідно до якого реалізація повноважень повіреного створює, змінює, припиняє цивільні права та обов’язки тільки для довірителя (ст. 1000 ЦК України). Тобто наслідки, які настають в результаті виконання особою доручення, становлять інтерес не для повіреного, бо він зацікавлений лише у виконанні доручених йому дій, а саме – для довірителя (в контексті кримінальної відповідальності – особи, яка надає або одержує неправомірну вигоду).

Проводячи паралель щодо порядку укладення будь-якого легітимного договору, то, згідно із ст. 638 ЦК України, таке укладення договору відбувається шляхом надходження пропозиції від однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) іншою стороною. Фактично у посередництві в підкупі посередник, від якого надходить ініціатива (чи пропозиція) надання посередницьких послуг, очікує акцепту такої оферти одним (або обома) учасником корупційної угоди. Така ситуація цілком реальна.

Фактично, якщо ініціатива наділення посередника вказаним повноваженням надходить від посередника, то в такому разі посередник досягає від одного з основних учасників підкупу згоди на те, щоб учинити посередницькі дії з передачі неправомірної вигоди в його (їх) інтересах.

Отже, на відміну від цивільно-правового розуміння, у кримінальному праві посередник може виступати як від свого імені, так і від імені особи, яку представляє. Тобто посередник у підкупі може бути ініціатором такого підкупу.

Цілком підтримуємо позицію М.І. Моісеєнка про те, що не має значення, про яку ініціативу йдеться – одержання, надання неправомірної вигоди або надання посередницьких послуг. В усіх випадках тільки «джерело» ініціаторства в цих злочинах (навіть якщо це посередник, що схиляє до злочинів інших осіб і пропонує свої послуги, або інші учасники, що схиляють особу до посередництва) не може змінити кваліфікацію злочинних дій суб’єкта, який передає неправомірну вигоду, як фізичного посередника у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди [140, с. 50].

Таку ж позицію обстоюють Н.В. Артеменко та А.М. Мінькова, зауважуючи, що посередник може діяти і від власного імені, позиціонуючи себе саме посередником [9], за умови «добросовісного» виконання ним своїх функцій (інакше можна говорити про удаваний характер його дій).

Для прикладу, ЗМІ опублікували інформацію про те, що у Житомирі Служба безпеки України спільно з військовою прокуратурою викрила та припинила злочинну діяльність осіб, які вимагали від військовозобов’язаних хабарі за звільнення від мобілізації [162]. Встановлено, що капітан військкомату залучив до протиправної діяльності посередників, які підшукували потенційних «клієнтів» серед тих, хто отримав мобілізаційні повістки. За 1500 доларів США зловмисники пропонували «зняти» їх із військового обліку. Офіцер військкомату вилучав із картотеки послужні картки і людина «зникала» зі списків військовозобов’язаних.

В описаній ситуації посередники фактично виконували функції підбурювача і посередника, оскільки ініціювали та обґрунтовували «доцільність» передачі неправомірної вигоди. Ініціатива щодо передавання неправомірної вигоди надходила від посередників. Попри це, факт ініціювання посередником доцільності передачі неправомірної вигоди означає, що останній виконав ще й роль підбурювача до вчинення злочину.

Зазначимо, що описані діяння було кваліфіковано на стадії досудового розслідування за ч. 1 ст. 114-1 КК України (перешкоджання законній діяльності Збройних сил України та інших військових формувань) [162].

Таким чином, підсумовуючи, можемо констатувати, що ініціатива вчинення незаконних дій щодо неправомірної вигоди може надходити як від сторін підкупу, так і від посередника. Надання посередницьких послуг з ініціативи посередника не порушує умови щодо виконання посередницьких дій за дорученням або проханням особи, яка надає, або особи, котра одержує неправомірну вигоду. Адже дії посередника у будь-якому випадку акцептовані обома або однією зі сторін підкупу.

Розглянемо третій, найбільш поширений і підтримуваний в науковій літературі, підхід до кваліфікації дій посередника як пособника у вчиненні злочинів, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди.

Традиційно дії посередника за звичайній простої передачі коштів, тобто під час фізичного пособництва оцінюються судами як пособництво у вчиненні злочину (найчастіше пособництво в одержанні неправомірної вигоди) [26; 28; 29; 33; 37; 39].

Варто нагадати про ретроспективне розуміння посередництва, яке існувало в науковій літературі радянського періоду (хоч воно не втратило актуальності і зараз). У межах цього розуміння виділяли два різновиди посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди: фізичне та інтелектуальне [70, с. 152].

Фізичне посередництво має місце тоді, коли особа безпосередньо передає предмет злочину. Цю форму посередництва можна умовно назвати «фізичним», тому що дії посередника в такому випадку полягають лише в фізичному впливі на предмет злочину і зводяться до виконання ним виключно технічної функції щодо передачі неправомірної вигоди. Інтелектуальне посередництво виражається у сприянні особою встановленню контакту, домовленості про надання-одержання неправомірної вигоди між сторонами підкупу. Ця форма, як стверджує М.І. Моісеєнко, визначається як інтелектуальна, оскільки діяння суб’єкта в цьому випадку характеризується достатньо широким діапазоном способів вчинення злочину, головним із яких є інформаційне сприяння основним учасникам акту надання-одержання неправомірної вигоди [140, с. 46].

Зіставлення ознак посередника із пособником (ч. 5 ст. 27 КК України) не завжди дає змогу розгледіти пособництво в посередницьких діях і зробити висновок про тотожність їх ознак. Це стосується, наприклад, простого передання предмета злочину від особи, що надає неправомірну вигоду її одержувачу (йдеться про фізичне посередництво, яке ми розглянули вище).

Подібно до посередницьких, пособницькі дії в теорії кримінального права прийнято класифікувати на два види:

– фізичне пособництво, тобто фізичне (матеріальне) сприяння виконавцю у реалізації його злочинного наміру і надання засобів чи знарядь, усунення перешкод, фізичне переховування злочинця, знарядь чи засобів вчинення злочину тощо;

– інтелектуальне пособництво, спрямоване на зміцнення рішучості у виконавця вчинити злочин шляхом надання порад, вказівок [22, с. 173].

Постає питання: до якого виду пособництва можна віднести посередницьку діяльність у підкупі (чи, можливо, до обох видів одночасно)? В літературі висловлювалася думка про те, що єдиною ознакою, за якою фізичного посередника можна вважати пособником, є сприяння вчиненню злочину «шляхом усунення перешкод» [96, с. 47–48]. Спростовуючи таке тлумачення, В.А. Клименко роз’яснює, що усунення перешкод передбачає таку зміну навколишнього середовища, коли з нього вилучаються ті чи інші елементи, які перешкоджають виконавцю здійснити свій злочинний задум (наприклад, ліквідація перешкод для реалізації злочинного наміру співучасників шляхом залишення незачиненим приміщення, в яке має проникнути виконавець; вимкнення або неувімкнення сигналізації з метою сприяння вчиненню крадіжки; виведення із ладу засобів зв’язку для забезпечення більш легкого захоплення об’єктів, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку; отруєння собаки для полегшення вчинення розбою тощо) [86, с. 130].

Заперечуючи ототожнення дій фізичного посередника із фізичним пособництвом, Ф.В. Шиманський також вказує, що посередник не завжди залучається до акту надання-одержання неправомірної вигоди з окресленою метою. Такої перешкоди, яку необхідно було б усунути, для одержувача неправомірної вигоди взагалі може й не бути, а мета залучення посередника може полягати зовсім в іншому [206, с. 16]. О.О. Анікін теж наголошує, що функція посередника полягає не в усуненні перешкод у вчиненні злочину, а в «технічному» забезпеченні здійснення одержання чи надання неправомірної вигоди [5, с. 19]. На його думку, таке формулювання є більш наближеним до способу вчинення злочину.

Отож, фізичне посередництво як різновид посередницьких діянь справді «не вписується» в наявну сьогодні «законодавчу формулу» пособництва в кримінальному праві України. Тому, якщо дотримуватися букви закону, діяння фізичного посередника за чинним законодавством не є кримінально караними взагалі через відсутність їх у вичерпному переліку можливих діянь пособника. Однак саме фізичне посередництво на практиці вчинюється найчастіше. Фактично наявна прогалина у кримінальному законодавстві, яка допускає маніпулювання кримінальним законом, не допускає притягнути до кримінальної відповідальності винних осіб (посередників у підкупі) і автоматично є суттєвою перешкодою у реальній боротьбі із корупцією в Україні.

Відтак доцільно звернути увагу на те, що співвідношення характеру та ступеня суспільної небезпеки дій посередника та пособника (як одного з видів співучасників) не є рівними. Адже ці прояви кримінально караної поведінки не тотожні, вони різні за ступенем суспільної небезпеки. Вважаємо, що суспільна небезпека та вплив діяльності посередника на основних фігурантів акту надання-одержання неправомірної вигоди і на процес її переходу від однієї сторони до іншої, є значно більшими, аніж вплив пособницьких дій в їх традиційному розумінні. Проведене нами анкетування працівників правоохоронних органів підтверджує наведені тези. Адже 75 % респондентів вважають посередника більш суспільно небезпечною фігурою, порівняно із пособником у підкупі, 20 % про анкетованих не сформулювали свою позицію щодо поставленого запитання, 5 % опитаних вважають ступінь суспільної небезпеки посередника і пособника у підкупі однаковими, жоден із респондентів не вважає дії посередника менш суспільно небезпечними, порівняно із діями пособника у підкупі.

Підсумовуючи, слід зазначити, що теорія щодо кваліфікації дій посередника як пособника у вчиненні відповідних злочинів теж містить низку недоліків:

фізичне посередництво не можна ототожнити із фізичним пособництвом, оскільки за змістом це різні діяння. Так, фізичне посередництво полягає у технічній передачі неправомірної вигоди. Окрім того, такі дії не є жодною із форм пособництва, зокрема, не є і «усуненням перешкод»;

фактично, якщо не використовувати поширювальне тлумачення КК України, діяння фізичного посередника за чинним законодавством не є кримінально караними взагалі через відсутність їх у переліку можливих діянь пособника. Нагадаємо, що застосування поширювального тлумачення чи аналогії у кримінальному праві неприпустимо;

характер і ступінь суспільної небезпеки дій посередника та пособника є цілком різними. Очевидно, що суспільна небезпека дій посередника, як і вплив діяльності посередника на сторін підкупу, є значно більшими, ніж аналогічний вплив пособника.

Не варто забувати і про інші підходи до визначення правової природи посередництва у підкупі, зокрема про другу теорію щодо правової природи посередництва в підкупі, відповідно до якої надання, одержання, посередництво та інші діяння із неправомірною вигодою вважають єдиним складним злочином.

Донедавна таким складним злочином називали хабарництво. Як бачимо, в цьому контексті вживалося збірне поняття «хабарництво», однак варто наголосити, що після прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 квітня 2013 року № 221-VII термін «хабар», що використовувався для позначення предмета відповідних злочинів, було замінено на «неправомірну вигоду».

Проблема застосування різних термінопонять у статтях, які стосуються хабарництва в публічному та приватному секторі, справді потребувала належного вирішення на законодавчому рівні та приведення їх у відповідність із конвенційними стандартами, щоби вказані норми охоплювали будь-яку форму неправомірної вигоди. Адже слід погодитися з позицією О.О. Дудорова, який стверджує, що заради узгодженості, чіткості та уникнення суперечностей під час здійснення кримінально-правової кваліфікації на практиці важливо, щоб усі корупційні правопорушення містили одні й ті ж базові поняття [100, с. 403].

Отже, терміном «хабарництво» тут і надалі можемо оперувати тільки в історико-правовому контексті, враховуючи зазначені зміни. Попри те, що зазначений підхід до розуміння частіше використовується у визначенні взаємозв’язку злочинів надання та одержання неправомірної вигоди, все ж неодноразово поряд із цими злочинами науковці розглядали також посередництво. Зауважимо, що терміном «хабарництво» не охоплюється обіцянка, пропозиція неправомірної вигоди та їх прийняття, оскільки ці суспільно небезпечні діяння законодавець перелічив як альтернативні у диспозиціях статей КК України вже після відмови від терміна «хабар».

Водночас, вважаємо, що кримінально-правовий аналіз розуміння посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди як окремого збірного єдиного злочину є необхідним, оскільки замість терміна «хабарництво» можна використати інше збірне поняття (наприклад, «підкуп») і одразу ж виникне питання про підставність його виділення і місце посередництва у ньому.

Спробуємо з’ясувати, чи можна посередництво у злочинних діях із неправомірною вигодою вважати складовою збірного складного злочину. Очевидно, що діяння із надання, обіцяння, пропонування одержання, вимагання, прохання неправомірної вигоди мають спільну «серцевину». Всі вони дотичні до неправомірної вигоди. Адже саме такі діяння із неправомірною вигодою законодавець визнав злочинними. Ми обґрунтовували доцільність використання терміна «підкуп» для позначення кола діянь пов’язаних із неправомірною вигодою. Тому повертатися до цього питання не будемо.

Однак, зауважимо, що у кримінально-правовій літературі дещо буквально тлумачать визнання хабарництва чи то підкупу єдиним складним злочином. Окрім цього, до перелічених нами діянь, що можуть становити підкуп, відносять ще і посередництво у підкупі.

Якщо посередництво розглядати як один із елементів складного злочину «підкуп» (раніше – «хабарництво»), то, з огляду на різновиди складних злочинів, варто розглянути можливість визнання його або складеним злочином, або злочином із кількома обов’язковими або альтернативними діяннями.

Складений злочин – різновид одиничного складного злочину, що складається з двох або більше дій (актів бездіяльності), кожна з яких, якщо її розглядати ізольовано, передбачена кримінальним законом як самостійний злочин.У літературі зазначається, що злочини, які виступають складовими елементами одиничного складеного злочину, мають співвідноситися: а) як основне і допоміжне (додаткове) діяння (спосіб вчинення основного); або б) як основне і кваліфікуюче діяння (у випадках, якщо складений злочин утворюється шляхом приєднання до основного складу кваліфікуючої ознаки, що не є способом) [151, с. 111–112]. У складеному злочині діяння перебувають у субординаційній залежності (співвідношенні): одне з них завжди є основним, а інше (інші) – додатковим, що сприяє вчиненню або супроводжує вчинення основного.

Однак об’єкти тих складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної із наданням професійних послуг, які безпосередньо пов’язані з підкупом (зокрема посередництва, безпосередній об’єкт якого має комплексний характер та інтегрує ознаки як для активного, так і для пасивного діяння), збігаються. У підкупі відсутня також субординаційна залежність між діяннями. Серед надання, одержання неправомірної вигоди та посередництва в цих діях не можна визначити, які з них поглинаються чи підпорядковуються за правовою природою іншим. Тому з наведених аргументів можемо зробити висновок про те, що підкуп (раніше – хабарництво) не підпадає під ознаки складного складеного злочину.

Другий варіант, найбільш наближений за конструкцією до підкупу (раніше – хабарництва), – складний злочин із кількома обов’язковими або альтернативними діяннями. Навряд чи можна характеризувати підкуп як складний злочин із кількома обов’язковими діяннями. Так, для прикладу, не у всіх випадках на практиці з’являється фігура посередника. Передача неправомірної вигоди може відбуватися безпосередньо, а потреби у посередникові може і не бути.

Якщо говорити про підкуп як про злочин з альтернативним складом, то в такому випадку будь-якого із вказаних в диспозиції статті діянь мало бути достатньо для визнання злочину закінченим. Проте службова особа чи особа, яка надає публічні послуги, самостійно не може здійснити одержання неправомірної вигоди, бо для цього потрібно, щоби хтось її надав [142, с. 517]. Кожне з цих діянь не може бути скоєне само собою [171, с. 459], вимагається наявність як однієї, так і іншої дії [158, с. 96]. Таким чином, надання неправомірної вигоди не є абсолютно «незалежним» злочином, тому що він не може визнаватися закінченим без наявності закінченого складу одержання неправомірної вигоди, як і одержання неправомірної вигоди не може бути закінченим без її надання.

Відповідно до третього підходу, посередництво у підкупі вважають самостійним окремим складом злочину.

Зауважимо, що у науковій літературі прихильники виділення окремого складу злочину – посередництво у підкупі (раніше – хабарництві) – розглядають два шляхи щодо тлумачення змісту і обсягу такої норми. Так, пропонують під посередництвом розуміти: 1) всі прояви посередництва (посередництво, яке є співучастю, і посередництво, яке не є співучастю); 2) посередництвом вважати лише ті дії, які не охоплюються інститутом співучасті.

У підрозділі 1.1 ми зазначали, що Д.Г. Михайленко обґрунтовує доцільність виділення в межах окремого складу злочину того посередництва у підкупі, яке не охоплюється інститутом співучасті. Науковець стверджує, що інститутом співучасті не охоплюється позастороннє посередництво, а тому доцільно передбачити окрему норму про відповідальність за цей різновид злочинної діяльності [134, с. 282]. Водночас автор чомусь оминає увагою те, що фізичне посередництво не охоплюється поняттям позастороннього посередництва, однак також не є співучастю. Отже, запропонований вченим підхід лише частково усуне наявну у кримінальному праві прогалину щодо кваліфікації дій посередника.

Про доцільність виділення окремої кримінально-правової норми зазначали й інші вчені: Б.В. Волженкін, О.О. Кваша, Б.О. Кирись, І.П. Семченков, В.А. Шафорост Є.К. Шевирін, В.В. Шмигельський та інші. Однак наведені ними аргументи теж були нами проаналізовані у підрозділі 1.1.

На нашу думку, слід констатувати достатню обґрунтованість підходу щодо доцільності доповнення КК України окремим складом злочину, який би безпосередньо стосувався кримінальної відповідальності посередника у підкупі. Однак питання про конструювання такого складу злочину і співвідношення його з інститутом співучасті необхідно вивчити більш детально.

## Висновки до розділу 1

Аналіз стану дослідження кримінальної відповідальності за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди допоміг встановити, що значна кількість питань з означеної проблеми дискусійні. Зокрема, це стосується: розуміння правової природи посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; співвідношення інституту співучасті із посередництвом у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди; кваліфікації дій посередника як співвиконавця або посередника, або підбурювача, або організатора відповідного злочину; можливості ініціювання підкупу посередником; визнання посередництва елементом єдиного складного злочину, необхідності виділення окремої статті про посередництво у підкупі.

Дослідження правової природи посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди дозволяє зробити такі висновки:

інститут посередництва загалом не має негативного значення, оскільки посередницька діяльність є цілком легітимною в окремих соціально-економічних і правових галузях. Водночас посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди є негативним явищем, оскільки сприяє вчиненню корупційних діянь іншими особами;

у кримінально-правовій літературі окреслено три основні підходи до розуміння правової природи посередницьких дій у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди:

– розуміння посередництва як особливого виду співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди;

– розуміння посередництва як одного з елементів так званого складного складу злочину;

– розуміння посередництва як окремого складу злочину, який потребує самостійного виділення в окремій статті Особливої частини КК України.

Підхід до розуміння посередництва як особливого виду співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, своєю чергою має подальший поділ, що полягає в оцінці дій посередника:

як виконавця основних складів злочинів надання та (або) одержання неправомірної вигоди;

можливості варіативної оцінки дій посередника як підбурювача, організатора або пособника;

кваліфікації дій посередника виключно як пособника.

Детальний аналіз кожного із описаних підходів до оцінки дій посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди слугує підставою для того, аби констатувати, що, незважаючи на значну схожість діяльності посередника за ознаками з діяльністю окремих видів співучасників, посередницька діяльність у підкупі характеризується особливостями, які не дають змоги ототожнити ці два види кримінально караної поведінки.

Найбільш обґрунтованим видається підхід, відповідно до якого діяльність посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди доцільно виокремити і розглядати як окремий склад злочину. Також варто визначити зміст і обсяг такої норми. Адже у кримінально-правовій літературі посередницькі дії розуміють у широкому і вузькому розуміннях:

або як посередництво, котре є співучастю, і посередництво, що не є співучастю (широке розуміння);

або як посередництво, що охоплює лише ті діяння, які не охоплюються інститутом співучасті (вузьке розуміння).

# РОЗДІЛ 2

# АНАЛІЗ НАУКОВИХ ПОЗИЦІЙ ЩОДО ВИРІШЕННЯ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОСЕРЕДНИЦТВА У НАДАННІ ТА (АБО) ОДЕРЖАННІ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

## 2.1 Наукові позиції щодо вирішення проблеми кваліфікації посередництва у злочинних діяннях із неправомірною вигодою шляхом зміни Загальної частини КК України

У попередньому розділі дисертації ми розглянули основні підходи у кримінально-правовій теорії щодо розуміння функцій та значення посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Ми мали змогу переконатися в тому, що в науковій літературі, присвяченій проблематиці корупційних злочинів є значна кількість варіантів кримінально-правової оцінки дій, пов’язаних із наданням та (або) одержанням неправомірної вигоди та місцем посередництва в їх системі. Деякі з наукових позицій є прямо протилежними або взагалі взаємно виключають одна одну.

Зауважимо на тому, що науковці окреслили й не менш різноманітні способи вирішення проблеми кваліфікації дій посередника в підкупі та заповнення наявної законодавчої прогалини. Умовно пропозиції стосовно вирішення проблеми кваліфікації посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди можна розділити на два напрямки. Перший з них полягає у пропозиціях внести зміни до статей Загальної частини КК України, що регламентують інститут співучасті у вчиненні злочину. Інший напрям передбачає реформування Особливої частини КК України шляхом доповнення або, точніше, відновлення окремої норми в КК України, яка би встановлювала кримінальну відповідальність за посередництво в аналізованих діяннях. Йдеться про так званий казуїстичний спосіб: виокремлення посередництва у злочинах у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг серед інших видів, у окремий склад злочину.

Однак, щоби обрати найбільш правильний шлях щодо кримінально-правової оцінки дій посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, варто послідовно проаналізувати обидва запропоновані науковцями шляхи. Лише комплексне детальне дослідження обох наукових позицій, тобто вивчення доцільності зміни або Загальної, або Особливої частин КК України, дасть змогу виявити всі переваги й недоліки запропонованих підходів.

Отже, вивчимо наукові позиції і проаналізуємо перший із запропонованих варіантів вирішення наявної проблеми, тобто кримінально-правову оцінку дій посередника у підкупі шляхом зміни положень Загальної частини КК України.

Так, В.А. Клименко зазначає, що сьогодні, відповідно до чинного законодавства, кримінальна відповідальність за посередництво настає лише у випадках, якщо воно:

– підпадає під ознаки кримінально караного пособництва у вигляді сприяння приховуванню злочину (наприклад, передача після вчинення злочину на прохання виконавця або пособника (пособництво пособнику) знарядь чи засобів вчинення злочину або предметів злочину пособнику для їх зберігання або знищення);

– підпадає під ознаки причетності до злочину у вигляді заздалегідь необіцяного здійснення інших (не перелічених у ст. 256 КК України) дій зі створення умов, які сприяють злочинній діяльності злочинних організацій;

* є ознакою об’єктивної сторони конкретного складу злочину [86, с. 130].

Прикладом останнього може бути передача іноземній державі на прохання резидента іноземної розвідки відомостей, що становлять державну таємницю, доставка вогнепальної зброї на прохання особи, що її виготовила, особі, яка домовилась про її незаконне придбання тощо. Такі дії, вказує В.А. Клименко, по суті є посередництвом, яке передбачене у законі про кримінальну відповідальність як ознака об’єктивної сторони складу певного злочину. У першому з наведених випадків – посередництва у шпигунстві, якщо посередник – іноземець чи особа без громадянства (ст. 114 КК України), або державної зради у формі надання іноземній державі допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, якщо посередник – громадянин України (ст. 111 КК України). В іншому випадку – посередництво у незаконному поводженні зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами у формі носіння вогнепальної зброї (ст. 263 КК України).

Зауважимо, що посередницькі дії у підкупі не є окремим складом злочину. Вони, як відомо, не є різновидом причетності до злочину. А тому із запропонованих В.А. Клименком варіантів оцінки дій посередника залишається лише перший, тобто оцінка посередництва як пособництва. Аналізуючи наукові підходи до кваліфікації дій посередника як пособника, ми зазначали, що, окрім інших недоліків такого підходу, пособництвом не охоплюються всі види посередництва. Зокрема, йдеться про фізичне посередництво. Тому констатувати, що, мовляв, треба кваліфікувати дії посередника як пособництво у одержанні та (або) наданні неправомірної вигоди, було би неправильно.

Загальновідомо, що норми Загальної і Особливої частин КК різні за змістом і структурою. У них інші завдання. Адже норми Загальної частини містять загальні положення, спільні для всіх складів злочинів, які детально перелічені та описані в Особливій частині КК.

Норми Загальної частини КК України про співучасть за своєю природою та призначенням є загальними. Оскільки норми Загальної та Особливої частин кримінального права становлять єдину цілісну систему, їхній зміст розкривається тільки в органічному поєднанні. Завдяки цьому, як зазначає Г.В. Новицький, для законодавця немає необхідності включати загальні положення про співучасть як альтернативні в об’єктивну сторону всіх складів злочинів, передбачених в Особливій частині КК України [144, с. 7 – 8].

Коли ж узагальнене регулювання спільної злочинної діяльності в розділі VI Загальної частини КК України неможливе з урахуванням того, що небезпека такої діяльності для об’єктів кримінально-правової охорони істотно відрізняється як через порівняно чималу розповсюдженість такої спільної діяльності, так і залежно від розмірів заподіяної шкоди, в законі застосовуються конкретні, викладені у спеціальних нормах, заборони [144, с. 7 – 8]. Усі такі норми містяться в Особливій частині КК України, тому спільна злочинна діяльність, охоплена цими нормами, об’єднується у т.зв. співучасть особливого роду, відповідальність за яку передбачено законом як за окремий злочин. Звертаємо увагу на останню тезу саме тому, що дуже часто інститут посередництва в підкупі (раніше – хабарництві) називають саме терміном «співучасть особливого роду».

Отже, фактично Г.В. Новицький обстоює позицію, згідно з якою співучасть особливого роду має міститися у Особливій частині КК. Попри це, автор не робить цього висновку щодо посередництва у злочинних діях із неправомірною вигодою. Відтак нам варто з’ясувати, чи охоплюється такий посередник загальним поняттям, і чи положення щодо оцінки його дій мають міститися у Загальній частині, чи ж це окремий вид злочинної діяльності, що має існувати як окремий злочин в межах Особливої частини КК.

Відповівши на означене питання, ми одразу ж визначимо шлях, який необхідно обрати для кримінально-правової оцінки діянь посередника: а саме з‘ясуємо, чи доцільно змінювати Загальну або ж Особливу частину КК України.

Ф.Г. Бурчак зауважує, що об’єктивно випадки співучасті пов’язані між собою багатьма спільними ознаками, і та обставина, що законодавець вважає за необхідне одну групу цих випадків віднести до регулювання Загальної частини, а іншу передбачити безпосередньо в нормах Особливої частини, ще не означає, що в теоретичному розумінні зазначені питання не повинні розглядатися в межах кримінально-правового інституту співучасті [23, с. 38].

Н.В. Артеменко та А.М. Мінькова, аналізуючи доцільність вирішення питання про кваліфікацію дій посередника в межах Загальної або ж Особливої частини КК, висловлюються проти відновлення спеціальної норми про кримінальну відповідальність за посередництво в Особливій частині. Автоматично автори стають прихильниками позиції щодо доцільності внесення коригувань у Загальну частину КК. Серед аргументів на користь своєї позиції вони наводять зокрема те, що посередництво в корупційних злочинах – це не єдиний випадок можливості посередництва у вчиненні злочину [9].

Справді, посередництво можливе у вчиненні багатьох злочинів. Воно може здійснюватися як між суб’єктами одного і того ж злочину (співвиконавцями, виконавцем і співучасниками), так і між суб’єктами різних злочинів або між суб’єктом злочину і потерпілим від злочину. Н.В. Артеменко та А.М. Мінькова також акцентують на тому, що посередництво – представництво можливе у взаєминах фізичних і юридичних осіб із державою зокрема і у випадках, коли ці відносини мають кримінально караний характер. Це може простежуватися, зокрема, під час ухилення від сплати податків (податковий агент), митних платежів (митний брокер), під час реєстрації юридичної особи, реєстрації емісії цінних паперів тощо [9].

У науковій літературі сформувалася низка поглядів, відповідно до яких вчені вважають, що, з огляду на системний характер законодавчої прогалини кримінально-правової кваліфікації дій посередника у злочинних діях із неправомірною вигодою, варто констатувати, що така прогалина може бути усунена лише шляхом внесення змін до Загальної частини КК України. Зокрема, у наукових дослідженнях запропоновано три варіанти редакції змін до Загальної частини КК України:

а) виділення нового виду співучасника в Загальній частині КК України – посередника;

б) чітке описання в ч. 5 ст. 27 КК України, яка містить дефініцію пособника, посередницьких дій;

в) розширення поняття пособництва шляхом вказівки в ч. 5 ст. 27 КК України на можливість здійснення сприяння «іншим способом».

Саме з урахуванням того, що зазначені пропозиції щодо кваліфікації дій посередництва є оцінкою дій посередника як одного з видів співучасників, у кримінально-правовій літературі запропоновано реформувати інститут співучасті в Загальній частині КК України. Тому базовими варіантами реформи є зміна поняття й ознак пособника, або ж зміна кола можливих співучасників шляхом включення до нього нового виду співучасника – посередника. Цим українському законодавцю пропонується концептуально нове рішення, що здатне істотно змінити традиційну кримінально-правову регламентацію інституту співучасті. А, зважаючи на те, що норми Загальної частини нерозривно взаємопов’язані з нормами Особливої частини КК України, така реформа, безумовно, відобразиться на кримінально-правовій кваліфікації низки інших діянь, що виходять за межі розділу XVII КК України, присвяченому службовим злочинам.

Основним аргументом на користь виділення посередника як окремого, нового виду співучасника в Загальній частині КК України виступає те, що за змістом своїх функцій посередник – учасник злочину особливого роду, діяльність якого має системний характер, що не охоплюється повною мірою, як було підтверджено раніше, розширеним поняттям пособництва. Таку позицію обстоюють Н.В. Артеменко та А.М. Мінькова [9]. Науковці вважають за необхідне розширити класифікацію видів співучасників внаслідок включення до неї нової фігури – посередника і пропонують законодавче визначення його ознак у вигляді такої редакції: «Посередником визнається особа, що сприяє встановленню контакту між співучасниками, діє за дорученням осіб, що беруть участь у злочині в їх інтересах у відносинах з іншими особами, а також передає предмет злочину, знаряддя і засоби злочину, повідомлення та іншу інформацію співучасникам і іншим особам».

Схожі міркування висловлює й Н.В. Тидикова. Вона також вважає за доцільне сформулювати єдиний підхід для кваліфікації діянь посередника в різних злочинах і закріпити його у відповідній статті Загальної частини КК або приділити увагу цій проблемі у роз’яснювальних актах вищих судових органів [184, с. 139].

Д.Г. Михайленко заперечує такий спосіб розв’язання проблеми і вважає, що про системний характер прогалини говорити можна, але шлях її вирішення видається хибним, оскільки посередника не можна вважати співучасником особливого роду [136, с. 173]. Посередник, на думку цього науковця, сприяєвчиненню злочину і тому підпадає під загальне розуміння поняття пособника (хоча чіткої такої ознаки в Законі не вказано) [136, с. 173].

Другий варіант вирішення наявної проблеми полягає в чіткому описанні в ч. 5 ст. 27 КК України, яка містить визначення пособника, посередницьких дій, як одних із альтернативних проявів пособництва [79, с. 152]. Отож пропонується казуїстична форма викладу норми Загальної частини КК України про пособництво, з виокремленням посередництва як одного зі способів його вчинення, оскільки функції посередника в механізмі надання-одержання неправомірної вигоди не мають адекватного відображення в описанні пособницьких дій. Цю точку зору розділяє низка вітчизняних і зарубіжних науковців (О.О. Анікін, О.Х. Качмазов, А.П. Козлов) [5, с. 19; 79, с. 152; 87, с. 151 – 152]. Вони пропонують казуїстичний виклад норми про пособництво у вчиненні злочину.

Так, О.О. Анікін пропонує доповнити відповідну норму положенням, згідно з яким пособником повинна визнаватися також особа, яка сприяла вчиненню злочину посередницькими діями [5, с. 19]. Однак пропозиція науковця стосується тільки дій посередника в одержанні неправомірної вигоди. На думку науковця, юридична оцінка посередницьких дій у наданні неправомірної вигоди повинна вирішуватися по-іншому, з врахуванням того, що суб’єкт цього злочину не обтяжений спеціальними ознаками [5, с. 19]. Такий неоднаковий підхід до вирішення фактично одного і того ж питання викликає застереження.

Прихильники третього варіанту пропонують урегулювати наявну проблему шляхом розширення поняття пособника через вказівку у статті Загальної частини КК (тобто ч. 5 ст. 27 КК України) на можливість здійснення пособництва сприянням «іншим способом». З точки зору Є.В. Краснопеєвої випливає, що якщо посередника за своєю суттю вважати пособником, то логічним шляхом ліквідації прогалини у кримінально-правовій оцінці його дій є розширення поняття пособника [97, с. 36].

Такої ж думки дотримуються російські дослідники Н.А. Єгорова та А.С. Ікряннікова, критикуючи законодавче рішення про включення ст. 291.1 до КК Російської Федерації [60, с. 70]. Вони також вважають, що суть проблеми полягає не в прогалинах кримінального законодавства про корупційні злочини (тобто Особливої частини КК), а в недосконалості редакції норми Загальної частини, що регламентує поняття та ознаки видів співучасників. Автори рекомендують відмовитися від вичерпного переліку варіантів пособництва в ч. 5 ст. 33 КК РФ (відповідно, ч. 5 ст. 27 КК України), вважаючи, що цього виявилося би достатньо для формування належної правової основи для притягнення до кримінальної відповідальності посередників. Цю точку зору розділяють також інші науковці [79, с. 152; 97, с. 36].

Проти такого розширення альтернативного переліку способів пособництва висловлюється Р.А. Гребенюк [47, с. 93 – 96]. Він вважає, що запропоноване внесення змін у відповідну статтю Загальної частини КК шляхом її доповнення словами «іншим чином» [86, с. 131] або «іншим способом» [80, с. 199] є недоцільним, оскільки розмиваються межі кримінально караних діянь пособника. Це, на думку вченого, може призвести до негативних наслідків у вигляді необґрунтованого розширеного тлумачення і застосування кримінального закону. Схожі міркування висловлює Д.Г. Михайленко [136, с. 172 – 173].

Однак їхні аргументи, на наш погляд, також можна поставити під сумнів. Адже законодавець, фомулюючи визначення «підбурювача» серед ознак (а точніше – серед способів схиляння до вчинення злочину), теж передбачає можливість його здійснення «іншим чином» (ч. 4 ст. 27 КК України). Такий підхід потенційно може бути використано і для формулювання дефініції пособника. Тож наведені аргументи, очевидно, не є достатніми. Відтак нам необхідно більш детально проаналізувати доцільність зміни Загальної частини КК шляхом розширення кола співучасників або зміни визначення певних видів співучасників.

На нашу думку, усунення прогалини щодо кваліфікації дій посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди потребує іншого вирішення, аніж внесення змін у Загальну частину, зокрема у ст. 27 КК України. Проблема полягає в тому, що між посередником і пособником існує ряд ознак, які не дають можливості ототожнювати цих двох суб’єктів. Існує і низка відмінностей між посередництвом і інститутом співучасті загалом. Тому шляхи зміни статей, які визначають ознаки видів співучасників, є другорядним питанням, яке не повинно взагалі виникати, оскільки посередництво не є видом співучасті.

Нам необхідно дати відповісти на низку запитань. Так, дискутивним є питання про те, чи можна вважати посередництво проявом співучасті, чи дії посередника все-таки є чимось іншим попри його схожість із цим кримінально-правовим інститутом. Для відповіді на це запитання варто вибірково проаналізувати в межах нашого дослідження окремі положення, що стосуються інституту співучасті (в частині поняття, ознак та видів співучасників).

У науковій літературі співучасть визначають як таку законодавчу конструкцію, де узагальнюється характеристика однакової за природою злочинної діяльності – діяльності організаторів, підбурювачів і пособників і яка у поєднанні з диспозиціями конкретних статей Особливої частини органічно входить до системи їхніх ознак [144, с. 7 – 8]. Отже у розділі VI Загальної частини закріплені положення, що формулюють умови дії кримінального закону під час вчинення злочинних діянь у співучасті.

В теорії кримінального права прийнято розрізняти об’єктивні та суб’єктивні ознаки співучасті. Традиційно науковці виокремлюють дві основні об’єктивні ознаки співучасті, які безпосередньо ґрунтуються на визначенні поняття співучасті, яке закріплене законодавцем. Перша з них – це кількісна об’єктивна ознака співучасті – участь у вчиненні злочину двох або більше суб’єктів злочину. Вона полягає у необхідності для констатації факту вчинення діяння у співучасті того, що у ньому брали участь не менше як дві особи, які відповідають ознакам, визначеним у ст. 18 КК України.

Друга ознака співучасті, що виділяється у науковій літературі, – спільність. Є три основні точки зору щодо характеру цієї ознаки: визначення її як об’єктивної ознаки, що відображає взаємозв’язок дій співучасників [178, с. 28], суб’єктивної [151, с. 548] або як ознаки змішаного характеру – об’єктивно-суб’єктивної, що дає змогу врахувати органічну єдність спільності дій та спільності умислу під час співучасті.

Як зазначає Ф.Г. Бурчак, спільна злочинна діяльність припускає наявність певної психологічної спільності, психічного зв’язку між спільно діючими особами [22, с. 103]. В.К. Грищук спільність участі суб‘єктів у вчиненні злочину також вважає об‘єктивно-суб‘єктивною ознакою [50, с. 325].

Такий висновок, на нашу думку, можна зробити із законодавчого визначення поняття співучасті як «умисної спільності», що переходить із об’єктивної у суб’єктивну площину характеристики діяння. Відтак вважаємо, що цю ознаку неможливо віднести тільки до об’єктивної або до суб’єктивної, а тому вона має змішаний характер.

Традиційно в кримінально-правовій літературі наводяться такі об’єктивні ознаки поняття спільності:

злочин здійснюється спільними зусиллями співучасників;

злочинний результат (наслідок) є спільним, неподільним для всіх співучасників;

між діяннями співучасників і тим злочином, який вчинив виконавець, має наявний причиновий зв’язок, бо спільний злочинний результат перебуває у причиновому зв’язку з діями кожного зі співучасників [102, с. 201; 82, с. 34].

Дехто із науковців доповнює зазначений перелік ще однією ознакою – вказівкою на те, що дії кожного співучасника є в конкретній ситуації вчинення злочину необхідною умовою вчинення дій іншими співучасниками [49, с. 17 – 18; 14, с. 81 – 82; 144, с. 25].

У межах дослідження ми повинні враховувати особливості аналізованих нами складів злочинів надання, одержання неправомірної вигоди та посередництво в них. Зокрема, йдеться про спільність, яка полягає у досягненні спільного злочинного результату. Адже настання суспільно небезпечного наслідку у вигляді виконання спеціальним суб’єктом обумовленої неправомірною вигодою дії чи бездіяльності через службове чи професійне становище перебувають за межами зазначених складів злочинів.

Завданням того, хто передає неправомірну вигоду, є отримання певних благ, переваг, привілеїв тощо. Водночас, особа не передає неправомірну вигоду «просто так», аби передати певні цінності. Вона має зовсім іншу ціль, а передача неправомірної вигоди є лише етапом у її досягненні. Посередника ж вчинення дій, надання переваг «за отримання неправомірної вигоди» особисто не цікавлять. Влучно з цього приводу висловився професор О.Я. Свєтлов, зауваживши, що якщо сприяння одній зі сторін співпадає з інтересами посередника або ці інтереси співпадають з інтересами хабародавця, – має місце не посередництво, а давання хабара або співучасть у цьому злочині [163, с. 237].

Д.Г. Михайленко вважає посередника байдужою, нейтральною фігурою до кінцевого завдання передавальника хабара, тобто до вчинення або невчинення службовою особою будь-яких дій з використанням свого службового (професійного) становища в його інтересах [134, с 277 – 278]. Справді посереднику у багатьох випадках все одно чи будуть вчинені відповідні дії одержувачем неправомірної вигоди.

Навіть попри це, видається, що те, що посередник не завжди зацікавлений у результаті проведеної корупційної угоди (як би це мало бути за співучасті), навіть якщо в результаті надання посередницьких послуг він отримає певну винагороду, вже свідчить про відсутність спрямованості дій посередника на досягнення спільного, єдиного, неподільного для всіх співучасників результату поряд з особою, що надає, та особою, котра одержує неправомірну вигоду. Подібні результати перебувають за межами його діянь і умислу, суб’єкту характерне байдуже ставлення до наслідків укладеної угоди.

У випадку посередництва, як ми зазначали, інтерес полягає в досягненні чи реалізації досягнутої домовленості про передачу неправомірної вигоди або в її безпосередній передачі. Відповідно, досягненням домовленості між сторонами кримінально караної угоди або реалізацією такої домовленості чи безпосередньою передачею предмета злочину інтерес такого посередника вичерпується, і передача вказаного предмета – кінцева, не обов’язкова, максимальна мета, яку може мати посередник під час вчинення злочину в ланцюгу діянь щодо передачі неправомірної вигоди.

Якщо ж зазначати про співучасників, то підбурювач, організатор чи пособник, з чийого б боку вони не виступали, завжди зацікавлені в результаті спільної злочинної діяльності. Власне вони й спрямовують свою діяльність на досягнення цього спільного результату й, виконуючи відведену їм роль, усвідомлюють, що беруть участь в єдиному для всіх злочині. Тому результат цього злочину є бажаним та єдиним для них всіх. Справді, варто погодитися з вказаною думкою О.Я. Свєтлова про те, що якщо сприяння посередника здійснюється в його інтересах чи ці інтереси співпадають принаймні частково з інтересами особи, що надає неправомірну вигоду, має місце не посередництво, а надання неправомірної вигоди чи співучасть в цьому злочині, тобто критерієм розмежування виступає характер зацікавленості особи та спрямованість умислу.

Таким чином, варто констатувати, що ознака об’єктивної спільності у діях посередника існує не завжди. Адже він не у всіх випадках зацікавлений у певних наслідках свого діяння і не завжди керується спільною із сторонами корупційної угоди метою. Навпаки, у значній кількості випадків посередник зацікавлений у вчиненні лише «свого діяння», а от подальша діяльність одержувача неправомірної вигоди його вже не цікавить.

Отже, підсумовуючи вищесказане, можна стверджувати, що під час вчинення посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, об’єктивна ознака спільності, яка повинна бути при вчиненні злочину у «класичній» співучасті, не є обов‘язковою. Тобто для співучасті об‘єктивна спільність є характерною завжди, а от у посередницькій діяльності такої ознаки може й не бути.

Водночас ця ознака відсутня й тоді, коли розглядаємо сприяння співучасника одночасно обом сторонам корупційної угоди, оскільки посередник не є необхідним співучасником цих злочинів, які перебувають між собою у взаємозв’язку необхідної співучасті. Отож ми не можемо говорити про те, що ознаку спільності можна встановити у взаємозв’язку посередник-особа, що надає неправомірну вигоду або посередник-одержувач неправомірної вигоди. Дослідження характеру діянь посередника дає змогу стверджувати, що посередництво в підкупі завжди сприяє одночасно як одній стороні, так і іншій.

Як наслідок, із викладеного зрозуміло, що посередницька діяльність виходить за межі класичної співучасті. Вона не має тих ознак, які обов‘язково характеризують співучасть як кримінально-правове явище. Окрім того, такий висновок є лише проміжним, оскільки ґрунтується на аналізі лише об‘єктивних ознак співучасті.

Щодо суб’єктивних ознак співучасті, то варто зазначити, що в теорії кримінального права такою ознакою називають спільність умислу всіх співучасників на вчинення певних дій та досягнення злочинного результату.

Умисел співучасників, з точки зору П.Ф. Тельнова, охоплює:

– усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру власних діянь (бездіяльності), а також суспільно небезпечного характеру діянь хоча б одного зі співучасників, які діють спільно з нею;

– передбачення заподіяння спільними діяннями суспільно небезпечного наслідку (для злочинів з матеріальним складом);

– бажання настання цього суспільно небезпечного наслідку [178, с. 42].

Порівняно з умисною виною особи, що діє одноосібно, умисел співучасника є ширшим. Як зазначає Г.В. Новицький, він охоплює не тільки об’єктивні процеси власної суспільно небезпечної поведінки, а доповнюється усвідомленням участі іншої особи у вчиненні того ж злочину та бажанням діяти разом з нею у здійсненні як спільних, так і власних намірів [144, с. 35]. В такий спосіб, на думку науковця, виникає нова якість умислу при співучасті – спільність умислу, яка вважається суб’єктивною ознакою співучасті.

Інтелектуальний момент умислу під час співучасті, як правильно зазначено у кримінально-правовій літературі, полягає у взаємній поінформованості співучасників про злочинний характер і взаємозв’язок їхньої поведінки і виділяється як самостійна обов’язкова суб’єктивна ознака співучасті [126, с. 168]. Взаємна поінформованість полягає в тому, що:

– співучасники усвідомлюють, що вчиняють злочин не одноосібно, а в процесі спільного приєднання до вчинення злочину інших осіб;

– кожний зі співучасників усвідомлює вчинення іншими співучасниками не будь-якого, а конкретного злочину;

– кожен із співучасників усвідомлює суспільно небезпечний характер не тільки своїх дій, а й діянь інших співучасників, а також передбачає можливість або неминучість настання злочинних наслідків [82, с. 39 – 40].

Залишається в науковій літературі дискусійним питання про суб’єктивний зв’язок виконавця злочину з іншими співучасниками, а саме: чи обов’язковий для виконавця двосторонній зв’язок з іншими співучасниками, чи допускається можливість мінімального зв’язку співучасників злочину.

Це питання дуже важливим для з‘ясування з огляду на те, що для посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, обізнаність у кінцевих учасниках корупційної угоди і кількості чи наявності посередників є особливою ознакою. Часто посередник може усвідомлювати характер і значення відведеної йому функції і водночас бути абсолютно не проінформованим про особу основних виконавців корупційної угоди. Особа, що надає неправомірну вигоду, чи особа, котра її одержує (в цьому випадку – виконавці злочинів), якраз для того і користуються послугами посередника, щоби забезпечити максимальну конфіденційність і нерозголошення для себе. Тому одна неправомірна вигода може передаватися в декілька етапів через кількох посередників, де взаємна поінформованість (навіть мінімальна) щодо конкретних персоналій може бути взагалі відсутня.

Тому на питанні про обов‘язковість або необов‘язковість взаємної поінформофаності співучасників як окремій ознаці співучасті ми зупинимося більш детально. Деякі автори вважають, що взаємна обізнаність є характерною, але не необхідною ознакою співучасті. Так, на думку Г.В. Новицького, необхідною ознакою спільності в діяннях підбурювача, пособника або організатора слід вважати його обізнаність щодо злочинних намірів виконавця (виконавців) [144, с. 36]. Водночас науковець зауважує, що виконавець може і не усвідомлювати, що інші особи, бажаючи досягти тієї ж або іншої злочинної мети, фактично керували його діями, схилили до вчинення злочину, сприяли цьому [144, с. 36]. Досліджуючи цю проблему, вчений зазначає, що на практиці трапляються випадки, коли будь-якої угоди взагалі не було, тобто виконавцеві навіть невідома особа підбурювача, пособника чи організатора, або коли він вважає, що діє один (т.зв. «таємна співучасть»); діяльність інших співучасників може бути настільки завуальованою, що не тільки сторонні, а й виконавець не відчуватиме її [144, с. 38]. У низці злочинів, вказує Г.В. Новицький (особливо вчинених у межах діяльності злочинних організацій), підбурювач для того й користується послугами виконавця, щоби залишитися непоміченим і уникнути відповідальності, а також, щоб у виконавця сформувалося враження, ніби він є самостійним у вчиненні злочину [144, с. 38 – 39].

У літературі все ж зазначають, що якщо суб’єкт усвідомлює суспільну небезпечність свого діяння (фактичні обставини вчиненого ним злочинного акту поведінки), він не може не усвідомлювати, що діє разом з іншими учасниками цього злочину [82, с. 41 – 42]. Фактичний аналіз вчиненого, як зазначає О.О. Кваша, повинен здійснюватися у свідомості кожного співучасника як аналіз злочину, вчиненого зусиллями декількох осіб [82, с. 42]. Інтелектуальний момент умислу кожного співучасника, крім усвідомлення протиправності своєї поведінки, охоплює, на думку вченої, усвідомлення того, що його дії є лише елементом загальної діяльності винних і його особиста участь у злочині усвідомлюється іншими співучасниками, чи принаймні одним із них.

Як зазначає А.А. Арутюнов, кожен із тих, що беруть участь у злочині, діє, усвідомлюючи участь у ньому інших осіб і погоджуючись з ними на такі спільні дії [10]. Угода, на думку вченого, припускає, що кожен із учасників усвідомлює не лише характер здійснюваних ним дій, але і суть діяльності інших осіб, із якими він погоджується. Науковець також вважає, що у тих випадках, коли винні фактично взаємодіють, вчиняючи злочин, але не усвідомлюють цієї взаємодії, – співучасть відсутня [10].

Мабуть, варто погодитися з тим, що про співучасть може йтися лише у тих випадках, якщо сформована система, в якій співучасники пов’язані єдністю намірів, спільним умислом, а злочинний результат досягнутий спільними діями співучасників (елементів системи). У такій ситуації між особами існують дво- або багатосторонні зв’язки. Якщо визнати допустимим односторонній зв’язок у співучасті, то видається, що системи взаємодії немає взагалі, а є лише взаємодія, сприйнята спочатку з позиції одного, а відтак – іншого учасника. Специфіка взаємодії полягає саме в одночасному характері; інакше взаємодії немає, тобто немає і співучасті [10].

Варто вказати, що суб’єкт злочину не обов’язково повинен знати конкретного співучасника у вчинюваному злочині. Щоби діяння вважалося таким, що вчинене у співучасті, достатньо, щоб його учасники усвідомлювали, що діють не самі. У разі притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочину у співучасті суб’єкта, усвідомленням якого не охоплювалася та обставина, що він діє не один, призводить до об’єктивного ставлення у вину [82, с. 41 – 42], а це, відповідно, суперечить кримінально-правовому принципу суб’єктивного інкримінування

Законодавець, вказавши, що співучасть можлива тільки в умисних злочинах, фактично обмежив практику стосовно тлумачення поняття «спільність». Співучастю визнано лише такі дії двох чи більше осіб, у яких виникла взаємна обізнаність співучасників про їхні злочинні наміри, тобто двосторонній суб’єктивний зв’язок [144, с. 42]. Взаємна поінформованість співучасників злочину є обов’язковою ознакою суб’єктивної сторони співучасті.

Попри це, варто обумовити особливості наявності або ж відсутності спільності між учасниками корупційної угоди щодо передачі неправомірної вигоди, яка здійснена у так званій «складній формі». Ознака спільності умислу між діями посередника та особи, що надає, або особи, котра одержує неправомірну вигоду, в деяких випадках може бути відсутня (зокрема у тих ситуаціях, коли має місце т.зв. «проміжне посередництво», тобто коли посередницькі послуги виконуються не між основними фігурантами корупційної угоди, а між іншими посередниками). В таких випадках навряд чи можна вести мову про наявність спільності умислу, який полягає у взаємній поінформованості та двосторонньому зв’язку. Такий двосторонній зв’язок і поінформованість можливі лише між «останніми» посередниками в ланцюгу передачі предмета злочину, які безпосередньо мають доступ до основних сторін кримінальної корупційної угоди. Між проміжними ланками інформованість може бути або мінімальною, або ж взагалі відсутньою. Вони, як і основні сторони корупційної угоди, можуть і не здогадуватися, хто є кінцевим адресатом або початковим «передавальником» неправомірної вигоди, можуть не знати про кількість посередників.

У таких випадках навряд чи можна стверджувати про те, що між особами існує взаємна поінформованість і взаємозв’язок, тобто що існує спільність умислу як суб’єктивна ознака співучасті.

Таким чином, між співучастю і посередництвом у злочинних діяннях із переходом неправомірної вигоди є низка відмінних ознак. Основними такими ознаками варто назвати такі:

– для посередника характерна відсутність зацікавленості у результатах проведеної корупційної угоди (як би це мало бути під час співучасті), навіть якщо внаслідок виконання посередницьких дій він і отримає певну винагороду. Подібні результати перебувають за межами його діянь і умислу, посереднику характерне байдуже ставлення до наслідків. Якщо ж зазначати про співучасників, то підбурювач, організатор чи пособник, з чиєї б сторони вони не виступали, зацікавлені в результаті спільної злочинної діяльності. Адже, виконуючи відведену їм роль, вони усвідомлюють, що беруть участь в єдиному для всіх злочині. Тому результат цього злочину є бажаним та єдиним для них всіх;

– для посередника інтерес полягає в досягненні чи реалізації досягнутої домовленості про передачу предмета злочину. Відповідно, досягненням домовленості між сторонами кримінально караної угоди або реалізацією такої домовленості інтерес посередника вичерпується, а передача вказаного предмета є кінцевою ціллю посередника у ланцюгу діянь щодо передачі неправомірної вигоди;

– дія чи бездіяльність службової особи, обумовлені наданою неправомірною вигодою, для посередника жодного інтересу не становлять. На відміну від посередника, особа, що надає неправомірну вигоду (навіть якщо вона діє від імені іншої особи, яку він представляє), завжди зацікавлена у здійсненні одержувачем обумовленого діяння (дії або бездіяльності із використанням її службового становища). Попри те, що вчинення або утримання від вчинення певних дій спеціальним суб’єктом з використанням його службового чи професійного становища знаходиться поза межами складу злочину одержання неправомірної вигоди, все ж саме конкретна поведінка службової особи (особи, яка надає публічні послуги) є кінцевою метою особи, що надає неправомірну вигоду при вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ст. 369 КК України;

– підвищений ступінь суспільної небезпеки дій посередника порівняно із діяльністю простого пособника;

– неможливість однозначного віднесення дій посередника до діяльності жодного із видів співучасників.

Отож, ми встановили, що інститут співучасті із посередництвом відмінні. Адже для посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди у низці випадків не характерні обов’язкові ознаки співучасті, зокрема йдеться про об’єктивну і суб’єктивну спільність.

## 2.2 Наукові позиції щодо вирішення проблеми кваліфікації посередництва у злочинних діяннях із неправомірною вигодою шляхом зміни Особливої частини КК України

Проведене нами дослідження дало змогу констатувати, що вирішення проблем кваліфікації посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди шляхом зміни Загальної частини КК України безперспективне і неправильне. Цей шлях створить проблеми у розумінні і визначенні загальновідомих кримінально-правових понять. Зокрема, йдеться про визначення співучасті і її ознак, які не властиві у низці випадків явищу посередництва. Тому, видається, що ми повинні зауважити про доцільність зміни Особливої частини КК України з тією метою, щоб дії посередника у підкупі не залишилися безкарними і у всіх випадках отримали кримінально-правову оцінку.

Однак, перш ніж запропонувати зміни до Особливої частини КК України, варто з’ясувати якими вони повинні бути. Адже нормотворча діяльність є надзвичайно складною і важливою. Нова норма або ж зміна існуючих норм повинні пропонуватися так, щоби логічно входити у систему права загалом і не дублювати інші кримінально-правові норми, не створювати невиправданої конкуренції або ж колізії.

Тому спершу детально проаналізуємо наявні проблеми у кримінально-правовій кваліфікації посередницьких дій у підкупі, які існують сьогодні, виявимо ті найпроблемніші питання кримінально-правової оцінки таких дій, які слід вирішити під час конструювання нової статті.

Як нами вже зазначалося, у кримінально-правовій літературі існують різні міркування щодо кримінально-правової оцінки посередництва у наданні та (або) одержання неправомірної вигоди. Науковці зауважують, що у низці випадків складно встановити, на чиїй стороні виступає посередник у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Це питання в кримінально-правовій літературі також пропонують вирішувати по-різному. Однак вироблення єдиного підходу до його розуміння, на нашу думку, має одне з ключових значень для визначення правової природи посередництва. Його вирішення є важливим також для розв’язання питання про конструювання нової статті чи ж пропонування внесення змін у наявні статті Особливої частини КК України. Так, у науковій літературі були пропозиції щодо виділення окремого складу посередництва у підкупі, або ж щодо вказівки на посередництво як альтернативне діяння у підкупі у межах інших існуючих кримінально-правових норм.

Б.О. Кирись стверджує, що не завжди можна чітко встановити, з чиєї сторони діяв посередник; посередник може одночасно виступати як з боку хабародавця, так і з боку хабароодержувача; навіть у випадку чіткої ідентифікації сутність 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 [85].

Одна група дослідників вважає, що практично у кожному випадку можна встановити, з ким з учасників акту підкупу з самого початку вступив у контакт посередник. Саме цю особу він замінює, саме під його іменем і в його інтересах він діє і, відповідно, його пособником і є. Умовно таку діяльність Д.Г. Михайленко визначає як посередництво з ознаками співучасті [136, с. 174]. Пленум Верховного Суду України також займає таку позицію, констатуючи, що завжди можна конкретно визначити, на чиїй стороні діє посередник. Такий висновок випливає з п. 11 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво», де, зокрема, вказано, що питання про кваліфікацію дій співучасника (в цьому випадку – посередника) потрібно вирішувати з урахуванням спрямованості його умислу та з огляду на те, в чиїх інтересах, на чиїй стороні і за чиєю ініціативою – того, хто дав, чи того, хто одержав предмет злочину, – він діяв.

Ш.Г. Багавгудінов з цього приводу вказує, що концепція двостороннього зв’язку посередника з особою, яка надає неправомірну вигоду, та особою, яка її одержує, має право на існування, але не перешкоджає кваліфікації дій посередника як співучасті (у формі пособництва, на його думку) в наданні або одержанні неправомірної вигоди [11, с. 41].

Д.Г. Каталодзи також вважає, що якщо посередник діє за дорученням особи, що надає неправомірну вигоду, передаючи предмет злочину одержувачу неправомірної вигоди, він тим самим анітрохи не сприяє останньому [75]. На думку науковця, одержувач сам вимушений брати участь в одержанні предмета злочину, незалежно від того, хто діє на іншій стороні, – сама особа, що надає неправомірну вигоду, або посередник і навпаки. Навіть якщо уявити собі ситуацію, у якій з врахуванням взаємин сторін неможливо визначити, чиїм пособником є посередник, то, на думку автора, немає жодної необхідності розглядати вчинене ним діяння за правилами сукупності співучасті в обох злочинах [75]. За таких обставин, зазначає Д.Г. Каталози, його дії можна було би розглядати як співучасть в одержанні неправомірної вигоди як у відносно більш тяжкому злочині [75].

На жаль, автор не бере до уваги положення про те, що усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Такий підхід є складовою презумпції невинуватості та принципу забезпечення доведеності вини особи і законодавчо закріплений в ч. 4 ст. 17 КПК України. Тому цей аргумент науковця, очевидно, не може бути застосований і діяння не можуть кваліфікуватися як більш тяжкий злочин.

Науковці Н.А. Єгорова та А.С. Ікряннікова також не вважають за обов’язкову умову те, що посередник має бути пов’язаний з обома суб’єктами основних корупційних злочинів [60, с. 70]. Такий висновок вчені роблять за допомогою граматичного (або філологічного) тлумачення ч. 1 ст. 291.1 КК Російської Федерації, де йдеться про «інше сприяння хабародавцеві та (або) хабароодержувачеві». Тобто поряд із «двостороннім» посередництвом цією нормою, вважають науковці, охоплюється також посередництво, за якого винний надає допомогу виключно особі, що надає неправомірну вигоду, або її одержувачу, на що вказує розділовий сполучник «або». Тому вони також обґрунтовують, що висновок про обов’язкову співучасть посередника одночасно у двох злочинах є надто категоричним.

Водночас деякі науковці все ж намагаються довести, що посередник вчинює одночасно два злочини, оскільки допомагає обом сторонам корупційної угоди [74, с. 52, 54; 51, с. 292].

Справді, граматичне тлумачення формулювання будь-якої правової норми дає змогу з’ясувати дійсний зміст цієї норми шляхом дослідження значення тих чи інших слів залежно від розміщення сполучників, розділових знаків, прийменників у тексті тощо. Однак граматичне тлумачення хоч і вказує на можливість «одностороннього посередництва», проте, на наш погляд, воно не відображає дійсну суть та значення ролі посередника між сторонами кримінальної угоди, а також його місця у цій корупційній схемі. Таке тлумачення дає змогу оцінити законодавче формулювання лише формально і буквально, без глибшого аналізу змісту цієї норми.

Тому деякі з дослідників цієї проблеми (точку зору яких ми поділяємо) заперечують такий підхід до розуміння характеру посередницьких дій. Зокрема, російський вчений І.П. Семченков, аналізуючи діяння посередника (як пособника) у комерційному підкупі, доволі детально обґрунтовує важливість правильного розуміння того, що діяння посередника – подвійне. Як вважає науковець, воно є таким як щодо діяння особи, що передає неправомірну вигоду, так і щодо діяння особи, котра є її одержувачем. Посередник тому і називається «посередником», що діє в інтересах обох сторін угоди [164, с. 17 – 18]. Виступати як посередник тільки в однієї сторони угоди неможливо.

Ми повністю поділяємо такі аргументи вченого. Адже, справді, якщо особа сприяє, наприклад, тільки одержувачеві неправомірної вигоди, то в такому разі, як зазначає І.П. Семченков, вона буде пособником одержувача, але не посередником. Тому, якщо після домовленості між сторонами злочинної угоди особа виконує, наприклад, кур’єрські функції з доставки грошових коштів, вона одночасно сприяє не лише передачі, але й одержанню предмета злочину (під час фізичного посередництва). Також про подвійне сприяння варто зазначити і у випадках посередництва у вигляді іншого сприяння досягненню або реалізації цієї угоди (за інтелектуального посередництва).

З викладеного зрозуміло, що, з точки зору інституту співучасті, посередник повинен нести відповідальність одночасно за два злочини: за пособництво в наданні неправомірної вигоди й за пособництво в її одержанні (за відсутності спеціальної норми про посередництво у наданні-одержанні неправомірної вигоди), оскільки такі його дії утворюють ідеальну або реальну сукупність [129, с. 186, 203 – 205; 41, с. 248]. І.П. Семченков звертає увагу на те, що водночас на тлі того, що ключові фігури виконавців цих злочинів можуть бути притягнені до кримінальної відповідальності тільки за один злочин (один – за надання, а інший – за одержання неправомірної вигоди), притягнення їх посередника до відповідальності за два злочини у вигляді подвійного пособництва виглядає щонайменше дивно [164, с. 17 – 18].

Д.Г. Михайленко, хоч і припускає за деяких умов можливість вести мову про ідеальну сукупність злочинів, все ж називає такий варіант надуманою конструкцією, яка не відображає фактично вчиненого [134, с. 280 – 281]. Крім того, враховуючи природу та зв’язок між злочинами одержання та надання неправомірної вигоди, вчений констатує, що вказані делікти не можуть вчинюватися в ідеальній сукупності, а тільки в реальній.

Проте, на нашу думку, з тим, що посередництво не може бути вчинено в ідеальній сукупності, можна посперечатися. Адже, відповідно до загальнотеоретичних положень кримінального права, реальна сукупність має місце тоді, коли особа вчиняє два чи більше злочини двома чи більше діяннями, а ідеальна передбачає, що два чи більше злочини виконуються одним діянням.

Професор В.О. Навроцький зазначає:

1) як при реальній, так і при ідеальній сукупності вчинене кваліфікується за двома чи більше статтями Особливої частини КК України;

2) на відміну від ідеальної сукупності, при реальній між окремими злочинами є певний розрив у часі, а при ідеальній – два або більше злочини вчинюються одним і тим же діянням;

3) одне діяння вчинюється в один і той же час, в одному і тому ж місці й таке діяння одночасно є ознакою складів різних злочинів, внаслідок чого й утворюється сукупність злочинів [143, с. 335 – 336].

Якщо, наприклад, змоделювати ситуацію, коли функція посередника полягала у наданні приміщення для зустрічі одержувача та особи, що має намір передати неправомірну вигоду, то цей посередник одним діянням одночасно посприяв обом сторонам в реалізації домовленості про передачу неправомірної вигоди або в налагодженні контактів між ними. Відтак кваліфікація скоєного лише як пособництва в наданні або лише пособництва в одержанні неправомірної вигоди не відобразить фактичну участь особи у вчиненні двох злочинів – у наданні та одержанні неправомірної вигоди, що є безумовним її недоліком і суперечить принципу повноти кримінально-правової кваліфікації.

Ще більш неординарно обґрунтовує подвійність ролі посередника в акті надання-одержання неправомірної вигоди В.І. Зубкова. Вона вважає, що якщо аналізувати дії посередника, який за дорученням службової особи схиляє будь-кого до надання неправомірної вигоди і передає згодом предмет злочину його одержувачу, то він бере участь одночасно в обох злочинах, виконуючи іноді навіть ролі двох зовсім різних співучасників: щодо особи, яка надає неправомірну вигоду, посередник виступає підбурювачем, а щодо одержувача – пособником [74, с. 48].

Пропонуючи криміналізувати в окремій статті КК України «позастороннє посередництво» в підкупі, Д.Г. Михайленко у дисертаційному дослідженні також допускає ситуацію, коли такий посередник, який за типом своєї основної поведінки не є співучасником, виконує інші дії, які охоплюються ознакам співучасті (зокрема, схиляє одну з сторін (або обидві сторони) до вчинення злочину перед тим, як здійснити власне посередницьку функцію) [137]. В такому випадку науковець вважає, що виникає реальна сукупність злочинів: співучасті у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди та позастороннє посередництво. Отже, як бачимо, в такій ситуації також не уникнути подвійної кваліфікації його діянь.

На підтвердження тези щодо складності або ж неможливості точного визначення, яку із сторін представляє посередник, можна навести і той аргумент, що в механізмі передання неправомірної вигоди можуть брати участь декілька «фізичних» посередників, які, зокрема, можуть представляти інтереси різних сторін акту надання-одержання неправомірної вигоди. При чому така посередницька діяльність, як зауважує М.І. Моісеєнко, може мати організований характер [140, с. 49 – 50]. Стійкі групи посередників можуть становити ланцюг осіб, які передають предмет злочину*.* Тому процес переміщення неправомірної вигоди від особи, що її надає, до одержувача може бути опосередкований ланцюгом злочинних дій кожного з посередників. І зовсім не обов’язково, щоб кожен фізичний посередник серед тих, що беруть участь в корупційній схемі, особисто входив в контакті з виконавцями основних злочинів, пов’язаних з переходом неправомірної вигоди.

Такі суб’єкти, як зазначає проф. П.С. Яні не тяжіють ні до осіб, що надають неправомірну вигоду, ні до одержувачів неправомірної вигоди, а мають власний корисливий інтерес – збагатитися шляхом виконання комплексу посередницьких дій під час передання предмета злочину [211]*.* За наявності трьох і більше посередників злочинна діяльність як мінімум одного з них може вичерпуватися виключно контактами з іншими посередниками без вступу у прямі відносини з головними фігурантами злочинів. Власне тут можемо простежити абсолютно позасторонній характер діяльності посередника в корупційній угоді. Виникає запитання, як у таких випадках визначити, на чиїй стороні діє посередник: на стороні особи, яка надає неправомірну вигоду, чи особи, що її одержує?

І.П. Семченков наголошує, що такий розподіл кримінальної відповідальності за кількістю злочинів, що одночасно ставляться у вину одному посереднику, є несправедливим [164, с. 17–18]. Справді, цей варіант кваліфікації порушує принцип non bis in idem(«не двічі за одне»). Окрім цього, виникає проблема із призначення посереднику покарання. Адже, одержувач і особа, яка дає неправомірну вигоду, нестимуть відповідальність кожен за «своєю статтею» і їм буде обране покарання в межах санкції відповідної статті. А от посереднику діяння прокваліфікують за двома статтями: як пособництво у одержанні і пособництво у наданні неправомірної вигоди, і покарання їм потрібно буде призначати за правилами про призначення покарання при сукупності злочинів.

З іншого боку, якщо не враховувати подвійного характеру діянь посередника та його одночасного сприяння як наданню, так і одержанню неправомірної вигоди, порушується, у деяких випадках, принцип повноти кримінально-правової кваліфікації. В такому разі у формулі та формулюванні кваліфікації неможливо відобразити участі посередника одночасно у цих двох злочинах, а тому неможливо забезпечити дотримання обох принципів кримінально-правової кваліфікації, що є неприпустимим.

Тому для вирішення цієї проблеми несправедливої подвійної відповідальності посередника необхідно і достатньо, на нашу думку, щоби його діяння було виділене в окремий самостійний склад злочину. Адже такий підхід усуває зазначену проблему несправедливого подвійного інкримінування для посередників у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди та усуває порушення принципу повноти кримінально-правової кваліфікації завдяки врахуванню всіх вчинених дій посередником. За такого вирішення проблеми кожна зі сторін цієї злочинної угоди і посередник поміж ними нестимуть відповідальність тільки за один «власний» злочин: за одержання неправомірної вигоди, за надання неправомірної вигоди та за посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди (чи за посередництво у інших діях). Такий спосіб правової регламентації кримінальної відповідальності за посередництво в двосторонніх злочинних угодах дасть змогу врахувати вказані особливості підкупу, де для кожної зі сторін кримінальним законом повинна бути передбачена окрема відповідальність.

Поряд із аналізом означених проблем кримінально-правової оцінки дій посередника, варто більш детально вивчити ще одне питання, яке ми побіжно вже розглядали – кваліфікацію так званого «позастороннього посередництва». На цій проблемі зупинявся у дисертаційному дослідженні Д.Г. Михайленко [136, с. 9]. Так, вчений пропонує виділяти два види (чи прояви, форми) посередництва.

Одним із таких видів є позастороннє посередництво, при якому посередник не займає позиції жодної зі сторін, не тяжіє ні до однієї з них, а знаходиться на власній незалежній позиції [136, с. 175–176]. Водночас його діяльність спрямована на здійснення складу хабарництва загалом, тобто як на надання, так і на одержання неправомірної вигоди (наприклад, у відносинах з особою, що має намір надати неправомірну вигоду, посередник видає себе за представника її одержувача, а відносинах із одержувачем виступає як довірена особа того, хто надає її). Автор вважає, що розуміння посередника як рівновіддаленої від кожної сторони ланки більшою мірою відповідає тлумаченню цього поняття. При цьому посилається на визначення поняття посередника як «такого, що виступає проміжною ланкою у взаємодії між ким-небудь чи третьою особою, обраною сторонами для домовленості, або особою, що виступає зв’язуючою ланкою між двома сторонами».

Другим проявом посередництва є діяльність посередника, який рівною мірою діє в інтересах, на стороні чи за ініціативою як особи, що надає неправомірну вигоду, так і її одержувача [136, с. 175–176]. В таких випадках науковець робить категоричний висновок про те, що ці діяння необхідно розцінювати виключно як співучасть, а дії такого посередника кваліфікувати як реальну сукупність співучасті в одержанні неправомірної вигоди і співучасті в наданні неправомірної вигоди.

Однак у зв’язку з таким трактуванням виникає декілька запитань. Зокрема, яким чином зайняття чи незайняття позиції однієї зі сторін змінює суть і призначення ролі посередника як проміжної зв’язуючої ланки між сторонами корупційної угоди? Рівновіддаленість чи, навпаки, «рівнонаближеність» до сторін корупційної угоди не впливає, на наш погляд, на «проміжне» місце посередника між особою, що надає неправомірну вигоду, та особою, що її одержує, в ланцюзі переходу неправомірної вигоди. Аргумент стосовно ініціативи, як ми з’ясували, також не може братися до уваги. Оскільки правове значення для кваліфікації має наявність кінцевого доручення (прохання, згоди) з боку принаймні однієї зі сторін акту надання-одержання неправомірної вигоди, незалежно від того, за чиєю ініціативою воно було дане.

Щодо спрямованості позасторонньої посередницької діяльності на здійснення підкупу загалом, то вважаємо таке твердження спірним. Адже в будь-якому разі з урахуванням специфіки основного злочинного акту підкупу як такого, що вчинюється у необхідній співучасті, та подвійного характеру сприяння посередника особі, що має намір надати неправомірну вигоду та її одержувачу, посередництво завжди за своєю природою спрямоване на успішне сприяння здійсненню корупційної угоди в цілому.

Д.Г. Михайленко пропонує такі шляхи вирішення проблем кваліфікації посередництва в злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди:

1) розширення поняття пособника і кваліфікація посередництва з ознаками співучасті за ч. 5 ст. 27 КК і ст. 368 КК чи ст. 369 КК (враховуючи сторону, на якій діяв посередник);

2) казуїстичне виділення в окрему норму позастороннього посередництва в хабарництві як «посередництва в хабарництві без ознак співучасті в даванні чи одержанні хабара» [136, с. 176].

Фактично науковець пропонує кожен із виділених ним видів посередництва кваліфікувати по-різному. Посередницькі дії в інтересах того хто дає та (або) одержує неправомірну вигоду, необхідно, на думку Д.Г. Михайленка, оцінювати як співучасть у вчиненні відповідних злочинів, а за позастороннє посередництво пропонує передбачити відповідальність у новій окремій статті КК України.

На нашу думку, такий підхід зумовлює ще більше неоднозначних варіантів для кваліфікації і труднощів у розмежуванні запропонованих проявів посередництва. Для такого казуїстичного способу криміналізації «позастороннього посередництва» та дроблення поняття посередництва немає достатніх науково-теоретичних підстав та обґрунтувань.

Видається, що найоптимальнішим шляхом у вирішенні проблеми кримінально-правової оцінки посередництва у злочинних діяннях з неправомірною вигодою є доповнення КК новою статтею, за якою б кваліфікувалися дії посередника незалежно від виду посередницьких дій: і фізичне, і інтелектуальне посередництво (нагадаємо, що фактично щодо фізичного посередництва існує прогалина у законодавстві); і позастороннє посередництво, і посередництво одній чи обом сторонам корупційної угоди (сьогодні існує прогалина щодо кваліфікації позастороннього посередництва).

Проведений аналіз проблеми кримінально-правової оцінки посередницьких дій у підкупі дає нам змогу констатувати, що сьогодні наявна ґрунтована проблема, пов’язана із кримінально-правовою оцінкою аналізованих дій. Однак, питанням «написання формули кваліфікації» вказана проблема не вичерпується. Адже слідом за нею йде питання призначення покарання. Тому, аби відобразити суть і ґрунтовність питання про оцінку дій посередника в підкупі, вивчимо питання призначення покарання при існуючому підході до оцінки дій посередника.

Оскільки сьогодні в законодавстві відсутня окрема стаття, яка би встановлювала кримінальну відповідальність за посередництво в підкупі, та за умови визнання того, що посередник завжди сприяє своїми діями одночасно обом сторонам корупційної угоди, ми повинні кваліфікувати діяння однієї особи за сукупністю злочинів. В такому разі правила призначення покарання винному застосовуватимуться як при сукупності злочинів.

Фактично вся діяльність органів досудового розслідування щодо здійснення кримінально-правової кваліфікації реалізується для того, щоб у кінцевому результаті суд мав підстави визнати особу винною у вчиненні відповідного злочину і правильно призначити їй відповідне покарання. Воно повинно бути справедливим, а показником цього виступає співрозмірність тяжкості злочину й виду та розміру покарання.

О.О. Кваша, розглядаючи посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, акцентує на тому, що сьогодні за одні й ті ж діяння посередника (за умови, якщо розглядати його як пособника чи іншого співучасника в наданні та в одержанні неправомірної вигоди як найбільш оптимального варіанту кваліфікації таких дій) покарання може бути суттєво різним залежно від того, на чиїй стороні – особи, яка одержує неправомірну вигоду, або особи, яка надає її, – він виступає [81, с. 498]. На означену проблему звертає увагу і Б.О. Кирись [85].

Склади злочинів надання та одержання неправомірної вигоди, попри те, що нерозривно пов’язані між собою, все ж мають різний ступінь суспільної небезпеки, про що відмінність в санкціях відповідних статей. Для підтвердження цього можна порівняти санкції відповідних статей. Так, для прикладу, за надання неправомірної вигоди службовій особі (ч. 1 ст. 369 КК України) передбачено покарання у вигляді штрафу від п’ятисот до семисот п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк від двох до чотирьох років, або позбавлення волі на той самий строк; то за одержання такої неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 368 КК України) – штраф від однієї тисячі до тисячі п’ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешт на строк від трьох до шести місяців, або позбавлення волі на строк від двох до чотирьох років.

Тому за нинішнього становища, коли посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди залежно від обставин справи кваліфікується як співучасть чи то одній стороні (особі, що надає неправомірну вигоду), чи то іншій (одержувача неправомірної вигоди), важливо правильно визначити, на чиїй стороні виступає посередник, оскільки від цього безпосередньо залежить призначене йому покарання.

Цілком зрозуміло, що встановити, на чиїй стороні діяв посередник, буде непросто. Можна припустити, що винні особи або їх захисники маніпулюватимуть дійсним станом речей та стверджуватимуть, що особа діяла на стороні того із учасників угоди, пособництво у чиїх діях тягтиме менше кримінальне покарання. Фактично винному буде вигідно стверджувати, що він допомагав тому, хто надавав неправомірну вигоду.

Очевидно, що це не є обґрунтованим і може призвести до свідомих маніпуляцій нормами Кримінального кодексу. Окрім цього, варто пам’ятати, що незалежно від того, кого посередник представляє, він сприяє у вчиненні злочину обом сторонам корупційної угоди. Навіть за чіткої ідентифікації приналежності посередництва до якоїсь зі сторін сутність його дій та ступінь суспільної небезпеки посередницької діяльності незмінні.

З огляду на те, що злочини одержання та надання неправомірної вигоди становлять необхідну співучасть, покарання посередника, який задіяний у цій необхідній співучасті, має бути визначено єдиними межами. А за такого вирішення проблеми посередництва, яке ми аналізували вище (шляхом корекції Загальної частини КК України) посередник все одно залишається одним із співучасників на стороні одного або обох виконавців складів підкупу.

Водночас,така ситуація виникатиме незалежно від того, чи кваліфікувати його дії як пособника у підкупі (за редагованою ч. 5 ст. 27 КК України), чи як посередника у підкупі (з доповненою окремою частиною статтею 27 КК України, що передбачає дії посередника як окремого виду співучасників). Окрім того, вид і розмір покарання для посередника завжди залежатиме від зміни санкцій статей, які передбачають відповідальність за діяння основних виконавців злочинів.

Попри це, демонстрація проблем, які існують у чинній редакції КК України, зокрема йдеться про складність правильної кваліфікації і подальші недоліки, які виникають під час призначення покарання посереднику у корупційній угоді, ще не є достатньою підставою для констатації доцільності появи у Особливій частині КК України нової статті. Доцільність внесення кожної нової норми повинна базуватися на аналізі підстав криміналізації того чи іншого діяння. Оскільки сьогодні частина діянь, які є посередництвом у підкупі, не отримують кримінально-правової оцінки через прогалину у кримінальному законодавстві, спробуємо загалом дослідити всі підстави криміналізації і, на основі такого аналізу, запропонувати проект статті, якою варто було би, на нашу думку, доповнити Особливу частину КК України.

Необхідно одразу уточнити, що у випадку посередництва у підкупі не йдеться про «повну» криміналізацію у значенні встановлення законодавцем кримінальної відповідальності за суспільно небезпечне діяння, яке не вважалося злочином. Адже, як ми з’ясували, посередницькі дії в більшій частині випадків є кримінально караними, а їх кваліфікація здійснюється з посиланням на статті Загальної частини, які передбачають кримінальну відповідальність за співучасть у основних складах підкупу. Тож фактично йдеться про криміналізацію посередництва у підкупі лише у тій частині, в якій воно не охоплюється наявними кримінально - правовими нормами.

Не можемо також однозначно говорити про відновлення (або відродження) чинної за часів УРСР норми про посередництво в хабарництві, оскільки суспільні зміни суттєво вплинули на сприйняття як посередництва у хабарництві, так і розуміння хабарництва загалом. Та й пропонована нами редакція статті суттєво відрізняється за обсягом охоплюваних діянь від ст. 169 КК УРСР 1960 р.

Окрім того, необхідно дослідити, наскільки встановлення кримінальної відповідальності за посередницьку діяльність у підкупі в окремій нормі є обґрунтованим і доцільним із кримінально-правової, процесуальної та кримінологічної точок зору.

Дослідження соціально-економічних, правових, кримінологічних чинників, які зумовлюють необхідність криміналізації злочинного посередництва в підкупі, дасть змогу зрозуміти суть кримінально-правової заборони, визначити доцільність виділення цього діяння в окремий склад злочину. З метою уникнення суб’єктивізму законодавця, що веде до помилок, прогалин та недоліків, допущених у процесі правотворення, варто дослідити ті чинники, які передусім впливають на криміналізацію діянь [7, с.15]. Однак науковці виділяють різні підстави криміналізації.

Так, П.С. Дагель виокремлює об’єктивні та суб’єктивні підстави криміналізації діянь. До об’єктивних науковець відносить ступінь суспільної небезпеки, поширеність посягання, неможливість боротьби з ним менш репресивними заходами, а до суб’єктивних – усвідомлення об’єктивної потреби суспільства у криміналізації діянь, що вимагає певного рівня суспільної правосвідомості [54, с. 68 – 74].

Г.А. Злобін називає соціальні, соціально-психологічні та системно-правові підстави криміналізації діянь. До соціальних відносить суспільну небезпечність, співрозмірність позитивних і негативних наслідків криміналізації, кримінально-політичну адекватність криміналізації. Системно-правовими підставами автор називає загально-правові та кримінально-правові, тобто логічну узгодженість із системою права загалом [72, с. 70 – 76].

Не здійснюючи детальний аналіз підстав криміналізації, вважаємо за доцільне зупинитися на тих підставах, які традиційно виділяють у науковій літературі. Йдеться про так звані об’єктивні і системно-правові підстави криміналізації: суспільну небезпеку, поширеність, потребу реагування кримінально-правовими методами, готовність суспільства до криміналізації, відсутність протиріччя з іншими галузями права, узгодженість у межах кримінального права [7, с. 16]. Водночас, як ми наголошували, необхідно пам’ятати і враховувати під час дослідження те, що діяння посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди є кримінально-караним і сьогодні. Однак існує низка випадків, коли посередникам вдається уникати відповідальності через прогалину у кримінальному реагуванні.

Так, лісник Лохвицького Держархлісгоспу філіалу Полтавського державного лісогосподарського підприємства «Полтаваоблагроліс» отримав через посередника гроші за надання незаконного дозволу на додаткову вирубку лісу. Особу, яка одержала неправомірну вигоду, визнали винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК України. Однак у справі мало місце фізичне посередництво, що полягало у передачі грошей. Кримінально-правову оцінку діям посередника суд не дав, упустивши його з уваги загалом [34].

Тому про криміналізацію можна зазначити лише щодо тих діянь, які не отримують кримінально-правової оцінки сьогодні. У іншій же частині варто вести мову про доцільність виділення окремої норми. Але така доцільність повинна бути детально досліджена і проаналізована саме з позиції необхідності виокремлення посередницьких дій в окремий склад злочину.

Найперше в цьому контексті варто зазначити, що суспільна небезпека дій осіб, що беруть участь в корупційній угоді, відрізняється залежно від виконуваної ними ролі. Прийняття пропозиції чи обіцянки, а також одержання неправомірної вигоди як безпосереднє посягання на публічні та приватні інтереси вважаються більш суспільно небезпечними, аніж пропозиція та надання неправомірної вигоди чи посередництво в цих діях. Порушення об’єкта злочину в такому випадку відбувається «зсередини» суб’єктом управлінських відносин - службовою особою публічного чи приватного права або ж особою, яка надає публічні послуги. Особа ж, яка пропонує, обіцяє та надає неправомірну вигоду і посередник впливають на об’єкт «ззовні», «віддалені» від нього, фактично опосередковують своїми діями настання результату через поведінку одержувача цієї вигоди. Однак тут слід уточнити, що у випадку посередництва можливий також частковий вплив на об’єкт «зсередини» у разі, якщо посередником виступає спеціальний суб’єкт.

Оцінити співвідношення суспільної небезпеки надання неправомірної вигоди і посередництва в діяннях, пов’язаних з переходом неправомірної вигоди, складніше. З одного боку, особа, що пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, є небезпечнішою фігурою, ніж посередник, тому що без неї акт надання-одержання неправомірної вигоди, який вчинюється лише у необхідній співучасті, в будь-якому випадку є неможливим. З іншого боку, в певних випадках без залучення посередника «кримінальна угода» могла б взагалі не відбутися або її здійснення було б доволі проблематичним.

В.А. Клименко, зокрема, вказує на те, що надання чи одержання неправомірної вигоди без посередника інколи є неможливим у зв’язку з неможливістю того, хто надає неправомірну вигоду, зустрітися (принаймні наодинці) з тим, хто її отримує. Це можуть бути ситуації, коли, наприклад, службова особа працює у приміщенні, закритому для доступу сторонніх, або ж постійно перебуває під посиленою охороною, яка не допускає можливості спілкування зі сторонніми особами, або якщо сторони між собою не знайомі, бояться бути викритими при безпосередньому контакті і т.д. На перший план в такій ситуації виходить посередник як невід’ємний учасник угоди, без якого встановлення контакту між особою, що має намір надати неправомірну вигоду, та її одержувачем унеможливлюється [86, с. 129-132]. Саме тому фігура посередника у таких випадках дозволяє реалізувати злочинний умисел.

Крім цього, на думку В.А. Клименка, використання посередника під час вчинення злочину допомагає злочинцю (організатору, підбурювачу, пособнику, виконавцю надання та (або) одержання неправомірної вигоди) залишатися в «тіні», не виявляти себе, діяти непомітно для потерпілих, потенційних очевидців або інших злочинців, і відтак створювати труднощі у розслідуванні злочину. Діяльність посередника істотно зміцнює рішучість організатора, підбурювача, пособника та виконавця (останнього, коли він є ініціатором посередництва) до вчинення суспільно небезпечного діяння. Науковець також вважає, що використання цього посередника може сприяти заздалегідь обіцяному приховуванню злочину, яке є співучастю у злочині (ч. 5 ст. 27 КК України) або умовою причетності до вчинення злочинів (зокрема, ст. 198, 396 КК України)» [86, с. 129 – 132].

Посередник, виконуюючи свою роль, виступає каталізатором кримінально-караної корупції в суспільстві. Діяльність посередника характеризується високим ступенем суспільної небезпеки, оскільки у більшості випадків здійснення корупційних угод за участю посередника він виступає «міцною» ланкою у ланцюгу корупції, без нього злочинна діяльність могла б або не відбутися взагалі або бути суттєво утрудненою. Посередник своєю злочинною діяльність в рази збільшує кількість корупційних угод. Часто він забезпечує і організовує відлагоджений механізм «співпраці» між особою, яка одержує, і особою, яка передає неправомірну вигоду. Навіть, порівнюючи із суспільною небезпекою дій пособника, вважаємо, що посередницька діяльність у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди, характеризується значно вищим ступенем суспільної небезпеки саме через природу таких посередницьких дій.

На підтвердження своїх слів можемо навести результати проведеного нами анкетування. Ми вже звертали увагу на те, що 75 % респондентів вважають роль посередника більш суспільно небезпечною порівняно із діяльністю пособника. Нагадаємо, що жоден із опитаних не вважає, що посередник є менш суспільно небезпечною фігурою, ніж посередник.

Щодо поширеності посередницьких дій у злочинних діяннях із неправомірною вигодою, то видається, що у сьогоднішніх умовах не було би перебільшенням констатувати надзвичайну поширеність як корупції загалом, так і дій посередника у корупційних угодах зокрема. На жаль, статистичні дані свідчать про те, що за індексом сприйняття корупції, який провела Transparency International, Україна посіла 144 місце серед 177 держав [193]. У рейтингу 2013 року Україна посіла 144-е місце – поряд із Нігерією, Папуа-Новою Гвінеєю, Іраном, Камеруном і Центральноафриканською Республікою [194]. Однак, як зазначають автори дослідження, у наступному році Україна ризикує скотитися ще нижче. Основні причини – корумпований протекціонізм і злиття політичних та бізнес-інтересів.

Одразу зауважимо, що за результатами анкетування працівників правоохоронних органів, можемо констатувати, що на запитання про поширеність посередництва у підкупах, близько 80 % опитаних респондентів відповіли, що посередники залучаються до підкупів у 90 і більше відсотках випадків. Цей показник чітко ілюструє поширеність посередництва у підкупі в Україні.

Цілком очевидно, що, окрім того, зростанню корупції сприяє протекціонізм, фактична безкарність таких дій, закривання на них очей. На рівень корупції впливає і наявність посередницьких схем передачі неправомірної вигоди. Адже відлагодженість системи, а часто і вигідність її не лише для того, хто бере неправомірну вигоду, а й того, хто передає таку вигоду, створила новий вид «професійної» діяльності в України, який в народі називають «рішалами». Самі ті особи, які беруть кошти за влагодження певних питань, і є посередниками у корупційній угоді щодо передачі неправомірної вигоди.

Отож, посередництво в злочинах, пов’язаних Із переходом неправомірної вигоди. набуло доволі значного поширення в державі і, як влучно зазначає Г.К. Буранов, воно продукує саму корупційну злочинність, ставить її на постійну основу, втягує в сферу корупції більше коло осіб – як тих, що надають неправомірну вигоду, так і її одержувачів. Хабарництво відноситься до найбільш небезпечних корупційних злочинів, які наділені високою латентністю [20, с. 109 – 110]. Це залежить від низки об’єктивних і суб’єктивних факторів, зокрема від ефективності кримінального чи іншого законодавства, діяльності правоохоронної системи. Водночас одним із основних чинників, які сприяють латентності і труднощам виявлення та доказування цих злочинів, виступає саме діяльність посередників.

Окрім того, хочемо підкреслити, що квазідоговірний характер дій як особи, що надає, та особи, що одержує неправомірну вигоду, так і посередника в цих злочинах, є тим фактором, що надає ще більші «гарантії латентності» всіх трьох злочинних діянь. Фактично у корупційній злочинній схемі жодна зі сторін не є потерпілою, оскільки кожен із учасників зацікавлений в задоволенні власних інтересів внаслідок «проведення» акту передачі неправомірної вигоди.

Вивчаючи зарубіжний досвід боротьби з посередництвом у підкупі, ми висвітлювали оцінку, зокрема російських дослідників, які на основі експертних оцінок роблять висновок , що є всі підстави говорити про посередництво не просто як про індивідуальний вид злочинного промислу. Така діяльність сформувалася у справжній бізнес економічно активної частини населення. Вона вже поступово перетворюється на певний прошарок тіньової економіки, що досягає 10 %.

Є.К. Шевирін називає посередництво «різновидом приватно-публічного рекету» і наводить таку класифікацію видів посередників [205]. Посередницький ринок, на думку науковця, умовно можна розділити на дві великі частини – «чорний» і «сірий», що відрізняються один від одного за ступенем прозорості [205, c. 30].

«Чорні» посередники відверто продають те, чого неможливо зробити легальним шляхом (це, наприклад, водійські права без складання іспитів, перепланування квартир, що не узгоджуються з вимогами необхідних норм, фальшиві довідки про хороший зір для слабозрячих водіїв (для водійської комісії) або, навпаки, медичні довідки про неіснуючі хвороби в осіб призовного віку (для військкомату). Звичайно, реєструвати фірму для надання таких послуг ризиковано. Набагато простіше працювати за старою апробованою ще в радянський період, схемою «є у мене один знайомий ...» [205, с. 30].

«Сірі» ж посередники працюють більш тонко, а бізнес їх складніший і суперечливіший. Часто вони справді є професіоналами у своїй сфері нелегальної діяльності та надають реальні послуги, полегшуючи людям життя. Наприклад, компанії, які готують проекти електропостачання квартир в новобудовах і погоджують їх з усіма необхідними інстанціями. Далеко не кожен новоселець в змозі осягнути такі тонкощі, доступні обізнаним «технарям». Або те ж узгодження перепланувань (якщо говорити про законне). В цьому випадку конкретні особи продають інформацію про те, як спілкуватися з державними інстанціями, а також свій час (а його для ходіння по всіх необхідних установах потрібно немало) [205, c. 31].

Інша річ, що в процесі надання благородних послуг із позбавлення громадян від бюрократичного безладу часто розмивається поняття професійної чесності. Адже як видати платну довідку про осудність явно неосудній людині для лікаря простіше, ніж йти на конфлікт і доводити його небезпеку для суспільства. Тому тут «сірі» посередницькі фірми починають практикувати ті ж методи діяльності, що і «чорні» [205, c. 31]. Відповідно, усунення джерела проблеми вимагає більш суттєвих державних заходів протидії, зокрема кримінально-правового характеру.

Очевидно, що боротьба із таким суспільно небезпечним явищем, як посередництво у наданні та (або) отриманні неправомірної вигоди, потребує відповідної реакції з боку держави. Величезний механізм корупції в Україні складно подолати не те що м’якшими заходами впливу, як от адміністративна відповідальність. Навіть загроза застосування кримінального покарання часто безсила у боротьбі із корупційною ерозією. Тому цілком зрозуміло, що боротися зі злочинним бізнесом у вигляді посередництва у підкупі можна саме кримінально-правовими заходами впливу. З цього приводу В.А. Шафорост стверджує, що невід’ємним елементом і зв’язувальною ланкою у хабарництві є посередництво у здійсненні одержання та (або) давання хабара, яке потребує адекватної реакції з боку кримінального права [203, с. 5].

Не виникає сумнівів і щодо питання про готовність суспільства до того, щоби злочинна діяльність посередника у хабарництві отримала реагування держави у вигляді притягнення до кримінальної відповідальності. Саме тотальна корупція стала одним із поштовхів для історичних подій в нашій державі – так званого «другого майдану». Є́вромайда́н або Революція гідності відбулися у 2013 році в Україні передусім проти корупції, соціальної нерівності, свавілля правоохоронних органів і сил спецпризначення, а також на підтримку європейського вектора зовнішньої політики України [61]. Такий прояв громадської позиції, надзвичайно велика підтримка ідей Євромайдану суспільством дають підстави стверджувати про те, що суспільство не те що готове до криміналізації всіх діянь, пов’язаних із корупцією, воно вимагає реакції держави на тотальну корупцію.

Варто зауважити, що в Україні тривала робота з боротьби із корупцією вже не один рік. Так, зарубіжними експертами створювалися і фінансувалися низка програм, спрямованих на боротьбу із корупцією. Але зазвичай така боротьба здійснювалися «про око», а виділені Україні кошти для боротьби із корупцією самі ставали предметом корупції і зникали у чиновницьких кишенях. Більшість громадян України не розуміють, чому так складно боротися із корупцією, і навіть не підозрюють, що питання про кримінальну відповідальність посередника у корупційній угоді є дискусійним, і така посередницька діяльність не завжди є кримінально караною.

Варто погодитися із міркуваннями В.А. Шафороста про те, що встановлення кримінальної відповідальності за посередництво у хабарництві покликане попередити розростання корупційних зв’язків уже на стадії їх виникнення, перервати реалізацію умислу на надання і отримання хабара, не допустити переростання окремого факту хабарництва у корупційний промисел [203, с. 9].

Відтак немає сумнівів у тому, що є об’єктивні підстави виділення окремої норми про посередництво у підкупі. Адже посередницькі дії є суспільно небезпечними, надзвичайно поширеними, потребують реагування саме кримінально-правовими методами, і суспільство готове до спеціальної криміналізації таких діянь.

Щодо системно-правових підстав виділення окремої норми, яка би безпосередньо стосувалася кримінальної відповідальності посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, варто нагадати таке. Ми дослідили правову природу посередницьких дій і з’ясували, що діяльність посередника не є тотожною із діяльністю осіб, що діють у співучасті. Адже, посередник не завжди пов’язаний із іншими співучасниками об’єктивною спільністю, як і суб’єктивною спільністю теж. А спільність є базовою ознакою співучасті. Тому й розглядати посередницьку діяльність із різновид співучасті не можна.

Отож наявний підхід щодо доцільності кваліфікації дій посередника як діяльності пособника (чи іншого співучасника) є неправильним. Він не узгоджується із загальнотеоретичними уявленнями про співучасть і спричиняє суперечності у базовому інституті Загальної частини кримінального права – співучасті. Тому доцільнім є вирішення питання про відповідальність посередника шляхом доповнення Особливої частини КК України окремою статтею.

Вносити зміни до існуючих норм, що стосуються відповідальності за підкуп не варто з огляду на такі аргументи:

– законодавець сформулював існуючі норми Особливої частини КК України, що стосуються злочинної діяльності із неправомірною вигодою досить складно: у різних нормах (частинах статті або ж статтях) перелічено різні діяння учасників корупційної угоди, використано різні терміни щодо аналогічних діянь залежно від суб’єкта, який одержує неправомірну вигоду, відповідальність передбачена у різних частинах статей і вони сформульовані несистемно;

– виникає необхідність для внесення змін у кілька статей Особливої частини КК України;

– оскільки відповідальність протилежних сторін корупційної угоди передбачена у різних статтях або частинах статей КК України, виникне питання щодо оцінки дій посередника за правилами про ідеальну сукупність (наприклад, посередник у одержанні і посередник у наданні неправомірної вигоди);

– посередник зазвичай сприяє обом сторонам корупційної угоди, а тому немає потреби з’ясовувати з ким із сторін він «ближчий»;

– наявність окремої норми виключить необхідність з’ясування і доведення того факту, кому саме більшою мірою сприяв посередник: одержувачу чи давачу неправомірної вигоди;

– окрема норма забезпечить чистоту кваліфікації, її точність, повноту;

– саме в окремій нормі доцільно здійснити диференціацію відповідальності посередника залежно від адресата неправомірної вигоди (посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного чи приватного права, особи, що надає публічні послуги), від виконання посередницької функції спеціальним суб’єктом (як-от службовою особою, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище).

Окрім цього, варто наголосити, що передбачення окремої статті в Особливій частині КК України однозначно вирішить ще одне із актуальних питань –призначення покарання посереднику у підкупі. Адже, встановлення відповідних видів і розмірів покарань у окремій статті КК дозволить:

1) усунути проблему, коли діяння посередника у підкупі кваліфікуються за сукупністю злочинів як посередництво обом сторонам корупційної угоди і, як наслідок, покарання призначається за правилами про сукупність злочинів;

2) усунути зловживання, коли діяння посередника кваліфікуються як пособництво тій стороні корупційної угоди, кримінальна відповідальність якої є меншою.

Фактично є всі підстави стверджувати, що окрема кримінально-правова норма вирішить системні проблеми, які стосуються не лише кримінально-правової оцінки дій посередника у підкупі, а й питання, які виникають під час призначення винному покарання. Окрема норма буде узгодженою у межах кримінального права і не створюватиме невиправданих конкуренцій.

Зауважимо, що не буде конкуренції і в тих випадках, коли діяння посередника матимуть ознаки пособництва. Ми зауважували, що частина діянь, які є посередництвом, можуть охоплюватися інститутом пособництва. Поява нової норми забезпечить таке:

ті діяння, які не охоплювалися інститутом пособництва і, по суті, сьогодні є поза кримінально-правовим реагуванням, – отримають належну кримінально - правову оцінку (в першу чергу йдеться про позастороннє посередництво, фізичне посередництво);

ті діяння, як охоплюються інститутом співучасті і сьогодні кваліфікуються як пособництво комусь із сторін або обом сторонам корупційної угоди, – будуть оцінені за окремою кримінально-правовою нормою без посилання на ч. 5 ст. 27 КК України як спеціально криміналізоване пособництво (схожий підхід має місце у ст. 110-2 КК України).

Підкреслимо, що у кримінально-правовій літературі пропонують виділити окрему норму про посередництво у хабарництві, яка би заповнювала прогалину в правовій основі протидії хабарництву загалом і повинна була б поширюватися на допомогу в отриманні і даванні хабара, яке не відноситься до пособництва [134, с. 282; 203]. Так, Д.Г. Михайленко, В.А. Шафорост пропонують дещо інший підхід, ніж той, що обґрунтовуємо ми. Вони вважають, що доцільно криміналізувати в окремій статті про посередництво лише ті діяння, які не підпадають під ознаки пособництва і, фактично, сьогодні є поза межами кримінально-правового реагування.

Вважаємо, що такий підхід має суттєвий недолік. Поява такої окремої норми про посередництво у запропонованому вченими варіанті створить проблему у розмежуванні посередницьких дій, які є пособництвом і дій посередника які виходять за межі пособництва. Така проблема існувала у радянському кримінальному праві і слугувала однією із причин для відмови від окремої статті про посередництво у хабарництві (йдеться про ст. 169 КК України 1960 р.).

Д.Г. Михайленко зауважує, що відновлення спеціальної норми про кримінальну відповідальність за посередництво в хабарництві означало б об’єднання в одній статті поширених випадків співучасті у даванні чи одержанні хабара шляхом посередництва і посередництво, яке не охоплюється інститутом співучасті, як це мало місце під час дії КК УРСР 1960 р. [134, с. 281]. На думку вченого, така ситуація відновила б проблему розмежування співучасті й посередництва та створила б сумнівне виключення з правила кваліфікації дій співучасників, за яким вони підлягають кримінальній відповідальності за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем (ч. 2 ст. 29 КК), тому що їхня діяльність кваліфікувалася би за спеціальною нормою про посередництво [134, с. 281].

Нам видається, що включення в КК єдиної статті, яка б охоплювала всі прояви посередництва (і те, яке є співучастю, і те, яке не є співучастю) була б оптимальною. Водночас аргументи у нас цілком протилежні. Вважаємо, що єдина стаття про кримінальну відповідальність посередника у злочинах із передачею неправомірної вигоди, навпаки, вирішила б означену проблему із необхідністю розмежування посередництва, яке є чи не є співучастю. Запропонований нами підхід дозволив би, з одного боку, охопити новою статтею всі прояви посередництва у злочинах, пов’язаних із переданням неправомірної вигоди, а з іншого – не загострив би нову «стару» проблему у потребі розмежування посередництва із пособництвом. Однак, зауважимо, що у науковому розумінні таке розмежування є потрібним. Але на практиці навряд чи доцільно ускладнювати діяльність правозастосувача складними теоретичними конструкціями. За існування однієї норми про посередництво у одержанні/даванні неправомірної вигоди проблемність кримінально-правової оцінки для правозастосування зводилася б до мінімуму. Діяння будь-якого посередника кваліфікувалися б за однією статтею. Якщо ж обрати шлях різної кваліфікації дій посередництва, яке має ознаки пособництва і посередництва, яке пособництвом не є, перед правозастосувачем виникне доволі складне завдання щодо кримінально-правової кваліфікації дій посередника.

Щодо міркувань про сумнівне виключення з правила кваліфікації дій співучасників, за яким вони підлягають кримінальній відповідальності за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем (ч. 2 ст. 29 КК), зауважимо таке. Справді, у вітчизняному кримінальному праві застосовується так звана акцесорна теорія співучасті. Однак нічого нового і особливого у тому, щоб передбачити дії пособника як окремий злочин, немає. Тим паче, що законодавець неодноразово посередницькі дії виділяє окремо і передбачає за них відповідальність у окремій статті КК. В.О. Навроцький з цього приводу зауважує, що у Особливій частині кримінального законодавства є низка статей, що передбачають діяльність організаторів, підбурювачів, пособників як окремі злочини [143, с. 239].

Доцільність такого окремого виділення діяльності пособника у спеціальній нормі зумовлена найперше тим, що явище посередництва у хабарництві є загальним, цілим. Посередництво, яке є співучастю у вигляді пособництва є, відповідно, частиною цього цілого. Тому логічним було би встановлення спільної, єдиної відповідальності в одній окремій статті КК як посередника, що є пособником, так і посередника, який не має ознак пособника. Тим паче, що суспільна небезпеки діянь посередника-пособника і посередника, який не є пособником однакова. Обидва є ланкою у передачі неправомірної вигоди. Посередник (будь-який) фактично забезпечує реалізацію корупційної угоди. Від того, чи можна посередника вважати пособником, його роль не стає важливішою, та й суспільна небезпека його діянь теж не змінюється.

Наша пропозиція вимагає подальшого дослідження ознак складу такої нової норми, аргументації щодо доцільності виділення певних диференціюючих ознак і доцільності передбачення спеціальних підстав звільнення посередника від кримінальної відповідальності. Однак все ж частково сформулюємо проект кримінально-правової норми, доцільність існування якої у Особливій частині КК України ми обґрунтовуємо:

«Стаття 369-4. Посередництво у підкупі

1. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права, тобто посередництво у пропонуванні, обіцянні, наданні та одержанні неправомірної вигоди, – карається …

2. Посередництво у підкупі особи, яка надає публічні послуги, – карається …

3. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права, – карається …».

## Висновки до розділу 2

Наукові позиції щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства у частині, що стосується кваліфікації дій посередника у підкупі, варто розділити на дві групи. Перша група стосується тих наукових підходів, відповідно до яких вчені пропонують вдосконалити Загальну частину КК України, а інша група, відповідно, стосується пропозицій щодо зміни, доповнення Особливої частини КК України.

Наукові підходи, що стосуються внесення змін до Загальної частини КК України, можна об’єднати так:

1) виділення нового виду співучасника в Загальній частині КК України – посередника;

2) чітке описання в ч. 5 ст. 27 КК України, яка містить дефініцію пособника, посередницьких дій;

3) розширення поняття пособника шляхом вказівки в ч. 5 ст. 27 КК України на можливість здійснення сприяння «іншим способом».

Тобто фактично йдеться або про вдосконалення розуміння поняття посередника шляхом його розширення, або ж про появу нового виду співучасника.

На нашу думку, зазначений шлях вирішення питання про кримінально-правову оцінку дій посередника у підкупі є хибним. Всі пропозиції про внесення змін у Загальну частину КК України стосуються інституту співучасті. Однак інститут співучасті не охоплює діяльність посередника загалом. Ці правові явища накладаються лише в частині. Адже, як відомо, лише частина дій посередника містить ознаки, які є обов’язковими для співучасника. Інша ж частина дій посередника не має обов’язкових ознак співучасті, а відтак і не може бути визнана співучастю. Тому обґрунтовувати правильність чи неправильність внесення змін у норми Загальної частини, що стосуються співучасті, є недоцільним. Адже передусім варто відобразити чи «посередництво» повністю охоплюється (або не охоплюється) інститутом співучасті загалом.

Різниця між інститутом співучасті і діями посередника у підкупі знаходить свій виявляється у таких проявах:

– у діях посередника не завжди є така обов’язкова об’єктивна ознака співучасті, як спільність (йдеться про те, що посередник не у всіх випадках зацікавлений у певних наслідках свого діяння). Отож, для співучасті об‘єктивна спільність є обов’язковою завжди, а у діях посередника її може й не бути;

– посередник не завжди керується спільною зі сторонами корупційної угоди метою (зокрема, найчастіше він байдуже ставиться до подальшої діяльності кінцевого адресата неправомірної вигоди);

– у діяннях, вчинюваних посередником, може бути відсутня ознака спільності умислу (йдеться про дії посередника та осіб, що є сторонами корупційної угоди). Така ситуація виникає у «позасторонньому посередництві», тобто коли посередницькі послуги виконуються не між основними фігурантами корупційної угоди, а між іншими посередниками;

– між посередником і «адресатами» неправомірної вигоди часто немає двостороннього зв’язку.

Пропозиції, що стосуються вдосконалення кримінально-правової оцінки за дії, вчинені посередником у підкупі шляхом внесення змін до Особливої частини КК України, стосуються включення до Розділу XVІІ окремої статті, яка би безпосередньо стосувалася оцінки дій посередника.

Водночас зауважимо, що йдеться про часткову криміналізацію відповідних дій. Адже у значній частині дії посередника є кримінально-караними і сьогодні. Однак, враховуючи низку недоліків нинішньої кваліфікації таких дій, а також те, що частина дій посередника залишається поза межами кримінально-правового регулювання через наявну прогалину, варто зазначити про виділення окремої статті «Посередництво у підкупі». Про криміналізацію можна вести мову лише у тій частині, яка стосується прогалини щодо кримінально-правової оцінки дій посередника.

Доцільність внесення змін до чинних статей КК України є сумнівною з огляду на те, що законодавець диференціював кримінальну відповідальність за підкуп залежно від суб’єктів злочину та змісту вчинених діянь у п’яти статях Особливої частини КК України. Видається, що доцільно сформулювати одну статтю, яка би стосувалася кримінальної відповідальності за посередницькі дії у підкупі, здійснивши в межах окремих складів диференціацію, залежно від «адресатів» неправомірної вигоди.

Посередник у підкупі у всіх випадках сприяє обом сторонам корупційної угоди. З’ясовувати, до кого зі сторін він є «більш наближений», недоцільно, оскільки це надзвичайно складно у доказуванні. Посередник може маніпулювати кримінальним законодавством, «підшуковуючи» ту норму, в якій менша санкція (наприклад, винному «вигідніше» обґрунтовувати своє сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, ніж тому, хто її одержує). Якщо ж у КК України буде одна стаття, що стосуватиметься відповідальності посередника у підкупі, – таке маніпулювання унеможливиться.

Окрім вказаного, окрема норма про посередництво у підкупі забезпечить досягнення принципів точності та повноти кримінально-правової кваліфікації.

Найголовніше, чого дозволить досягти нова окрема кримінально-правова норма, що стосуватиметься кримінальної відповідальності посередника у підкупі, – усуне системні проблеми, які виникають під час пошуку статей, які дозволять охопити діяльність посередника. Не потрібно буде поширювально тлумачити положення Загальної частини, що стосуються співучасті, і підганяти відповідні дії під поняття посередника; припинить виконувати ключову роль у виборі правильної статті Особливої частини КК України доведення, кому саме зі сторін корупційної угоди сприяв посередник (як наслідок, зникнуть можливі зловживання як і з боку винного, так і з боку осіб, що здійснюють кваліфікацію); автоматично зникне проблема щодо можливого «штучного» призначення покарання за сукупністю злочинів.

# РОЗДІЛ 3

# ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОЕКТУ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОСЕРЕДНИЦТВО У ПІДКУПІ»

## 3.1 Об’єктивні ознаки «Посередництва у підкупі»

Склад злочину «Посередництво у підкупі» доцільно розмістити у розділі XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини КК України. Таке твердження є очевидним, із огляду на те, що посередницька діяльність тісно переплетена із одержанням, наданням та іншими діями із неправомірною вигодою. Як наслідок, родовим об‘єктом складу «Посередництва у підкупі» будуть ті ж цінності, що виступають родовим об‘єктом інших складів злочинів, що об‘єднані в межах розділу XVII Особливої частини КК України.

В межах цього дослідження не маємо змоги детально вивчити всі аспекти визначення родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг. Водночас спробуємо максимально коротко дослідити це поняття і висловити власні міркування з цього приводу.

Дослідження родового об‘єкта злочинів, які зосереджені у розділі XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини КК України, є доцільним з огляду на те, що законодавець суттєво змінив підходи до кримінальної відповідальності за службові злочини, здійснив реформу вітчизняного кримінального законодавства у рамках боротьби із корупцією загалом. Трансформація службових злочинів (диференціація кримінальної відповідальності залежно від належності суб‘єкта злочину до юридичної особи публічного чи приватного права, поява терміна «неправомірна вигода», розширення кола кримінально караних діянь тощо) призвела до зміни родового об‘єкта цих злочинів. Зважаючи на це, не лише безпосередній об‘єкт «Посередництва у підкупі», а й його родовий об‘єкт потребують вивчення.

Конкретні склади злочинів об’єднані в розділі XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини КК України насамперед за спільністю об’єкта посягання, а не за суб’єктом відповідних посягань. Адже, склади злочинів, що містяться у цьому розділі можуть вчинюватися як спеціальними суб’єктами (службові особи, службові особи юридичних осіб приватного права та особи, що здійснюють професійну діяльність, пов’язану з наданням публічних послуг), так і загальними. Ці злочини пов’язані із службовою чи професійною діяльністю відповідних осіб, порушенням ними певних функціональних обов’язків, а не з фактом зайняття відповідної посади.

Більшість злочинів, передбачених розділом XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» Особливої частини КК України, вчинюються спеціальними суб’єктами. Проте це може неправильно орієнтувати на можливість віднесення до цього розділу тільки тих складів злочинів, що встановлюють кримінальну відповідальність за факт вчинення діяння особою, що займає певну посаду. У аналізованому розділі є низка складів злочинів, суб‘єкт яких загальний. Так, склади злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368-3 КК України (підкуп службової особи юридичної особи приватного права), ч. 1 ст. 368-4 КК України (підкуп особи, яка надає публічні послуги), ст. 369 КК України (пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі), ст. 369-2 КК України (зловживання впливом), а також посередництво в діяннях, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди, вчинюються загальним суб’єктом.

Розташування норм про відповідальність за перелічені злочини як за діяння, що не вчинюються саме спеціальними суб‘єктами (власне службовими особами чи особами, як здійснюють професійну діяльність, пов’язану з наданням публічних послуг), у розділі XVII КК України пояснюється тим, що вказані склади тісно пов’язані з одержанням неправомірної вигоди службовою особою або службовою особою юридичної особи приватного права чи особою, що здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг. Варто погодитися із О.О. Дудоровим про те, що такий підхід українського законодавця є цілком прагматичним і таким, що полегшує юридичний аналіз цих складів; окрім того, це вкотре підтверджує необхідність враховувати родовий об’єкт посягань як системоутворювальний критерій для об’єднання злочинів у один розділ [100, с. 403]. Тому теза про те, що саме родовий об‘єкт є ключовим системоутворювальним фактором у виділенні розділу XVII Особливої частини КК України має ще одне підтвердження.

В науці питання про визначення родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг пропонують вирішувати по-різному. Розглянемо деякі наукові підходи до розуміння цього правового явища. Так, наприклад, у наукових дослідженнях об’єктом аналізованої групи складів злочинів визнають інтереси публічної служби [41, с. 98]; службовий обов’язок [154, с. 164]; якість державного апарату [161, с. 30 – 31]; службову діяльність посадової особи й порушення правильного здійснення нею своїх службових функцій [53, с. 18]; правильну роботу державного апарату [84, с. 22; 106, с. 434; 142, с. 492; 163, с. 8] тощо. Водночас вказані визначення видаються доволі фрагментарними і не охоплюють того кола відносин, які опиняються під загрозою спричинення шкоди складами злочинів, передбаченими розділом XVІІ Особливої частини КК України.

О.О. Дудоров під родовим об’єктом злочинів у сфері службової діяльності розуміє встановлений законом порядок здійснення своїх повноважень посадовими та службовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх апарату, об’єднань громадян, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності [104, с. 548]. В.О. Навроцький визначає родовий об’єкт аналізованих злочинів як відносини у сфері діяльності і державного апарату й апарату підприємства, установи, організації незалежно від форм власності [142, с. 412]. К.П. Задоя – як суспільні відносини соціального управління, в яких суб’єкти управління реалізують керуючий вплив, що надається їм в результаті особливих процедур, передбачених правовими актами, здійснюється в межах і в спосіб, передбачених законом та забезпечується можливістю застосування правових наслідків за ухилення від дії такого впливу [64, с. 10].М.Й. Коржанський – як державне чи громадське управління як певну систему суспільних відносин [91, с. 597]. П.П. Андрушко – як встановлений (регламентований законодавством і локальними нормативними актами) порядок реалізації службовими особами своїх повноважень (управлінських функцій) в межах наданих їм прав і покладених на них обов’язків (повноважень і компетенції), який передбачає дотримання прав, свобод та інтересів окремих фізичних та юридичних осіб, інтересів держави та суспільства в цілому, а також авторитет органів державної влади, об’єднань громадян, суб’єктів господарювання, інших юридичних осіб, від імені та (або) в інтересах яких діють службові особи [4, с. 56].

А.А. Задорожний, аналізуючи підходи до визначення родового об’єкта службових злочинів, вказує, що у кримінологічному аспекті науковці звернули увагу на те, що родовий об’єкт злочинів у сфері службової діяльності загалом є подібним до об’єкта корупційних злочинів [63, с. 107]. Так, М.І. Мельник зауважує, що родовий об’єкт корупційних злочинів варто визначати як встановлений порядок діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, авторитет цих органів, а також порядок реалізації службовими особами таких органів наданої їм влади та службових повноважень [128, с. 141].

Видається, що об’єкт злочинів у сфері службової діяльності та корупційних злочинів все ж певною мірою перетинається. Таке твердження є закономірним, оскільки цілком очевидно, що й коло діянь, які охоплюються поняттям корупційних злочинів так званих «службових злочинів», частково накладаються. Водночас варто зауважити, що вони не співвідносяться як частина і ціле, оскільки законодавець у примітці до ст. 45 КК України корупційними визнав не лише злочини, які містяться у розділі XVII Особливої частини КК України. З іншого боку, не всі злочини із розділу XVII Особливої частини КК України належать до корупційних.

А.А. Задорожній зауважує, що цілком можливе поєднання окремих ознак родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності та корупційних злочинів; зокрема такою спільною рисою автор вважає включення до родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності авторитету відповідних структур, з використанням влади (повноважень) яких і вчинюються такі злочини [63, с. 107]. Аналогічні міркування висловлює російський дослідник В.Г. Хашев. Зокрема вчений визнає авторитет державних, громадських організацій, інших структур, їхню впливовість, якій може бути заподіяна шкода, частиною родового об’єкта службових злочинів [198, с. 11].

На нашу думку, визнання авторитету відповідних органів частиною родового об’єкта службових злочинів є виправданим. Адже у засобах масової інформації постійно лунають відомості про низький рівень авторитету низки державних органів, їхніх низький авторитет, причиною якого є передусім високий рівень корумпованості. Зауважимо, що авторитет відповідних органів визнавали частиною родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності й раніше. Так, П.С. Матишевський аргументував, що об’єктом злочинних посягань під час вчинення службових злочинів є авторитет не лише відповідних органів публічної влади, але й загалом підприємств, установ й організацій незалежно від форм власності [125, с. 559]. Здійснюючи наукові розвідки, вчений влучно зауважив, що авторитет певної владної чи управлінської інституції є соціально-психологічним явищем, що відображає досягнутий рівень правосвідомості, ставлення особистості, соціальних груп й суспільства до окремого інституту або влади в цілому [125, с. 559].

На нашу думку, вчиненням службових злочинів відповідні суб’єкти злочинів здійснюють безпосередній вплив на ставлення до певного державного органу, установи тощо загалом, підривають рівень довіри у суспільства, вказують на недобросовісність відповідних суб’єктів, їхню упередженість, підривають довіру до професіоналізму (стосовно сумлінного виконання своїх функцій) таких осіб загалом. Як наслідок, це негативно впливає на авторитет, престиж, «ім’я» відповідного органу загалом.

Т.І. Слуцька поряд із авторитетом як складовою родового об’єкта службових злочинів визнає законодавчо визначену правильну діяльність державного апарату, апарату органів місцевого самоврядування, об’єднань громадян, окремої організації місцевого самоврядування, установи, підприємства [168, с. 31]. Дослідниця пояснює поняття «правильності» діяльності тієї чи іншої установи через категорію нормального, звичайного функціонування певних владно-управлінських органів, яке повинно бути нерозривно пов’язаним зі спрямованістю діяльності й виконанням ними встановлених соціальних функцій згідно з суспільними інтересами. Спрямованість цієї діяльності на задоволення інтересів людини, суспільства і держави потребує відповідного об’єктивного оцінювання, критерієм чого може виступати лише визначення відповідності практичної діяльності конкретного органу законодавчо встановленим положенням.

А.А. Задорожній вважає, що, визначаючи родовий об’єкт злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, варто зазначати не стільки про правильність, скільки про правомірність діяльності органів публічної влади, а також підприємств, установ та організацій [63, с. 107].

Видається, що правильність діяльності безпосередньо залежить від правомірності такої діяльності. Адже, якщо діяльність буде неправомірною, то вона автоматично буде неправильною. Однак, варто зробити застереження, що у виняткових випадках може йтися про вчинення фактично неправомірної діяльності, тобто діяльності всупереч законодавству, однак така діяльність буде, для прикладу, вчинена в умовах виправданого ризику, і, відповідно, буде правильною. Загалом же категорії правильності і правомірності співіснують паралельно.

На нашу думку, поняттям «нормальна службова діяльність» відповідних структур охоплюється значне коло супутніх цінностей. Якщо діяльність є правильною, тобто правомірною, нормальною, то у суспільстві зберігається належний авторитет цієї структури. Тому підставно вважати, що поняттям «нормальна діяльність» охоплюється і така цінність, як авторитет. Попри те, саме термінологічний зворот «нормальна службова діяльність» відображає те, що об’єкт страждає через дії того, хто не виконує або ж неналежно виконує свої службові обов’язки. Саме через дії такого суб’єкта і порушується така «нормальна службова діяльність», страждає авторитет відповідного органу, підприємства, організації тощо. Можна, на нашу думку, родовий об’єкт службових злочинів визначати через словосполучення «нормальна службова діяльність», пам’ятаючи, що така діяльність безпосередньо стосується авторитету того чи іншого органу тощо.

Доповнення розділу XVII Особливої частини КК України ст. 365-1 і 368-1 КК України, що передбачають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів у сфері надання публічних послуг, призвело до розширення родового об’єкта цих злочинів, адже збільшилося коло можливих суб‘єктів злочинів, а саме: виник новий спеціальний суб‘єкт – особи, які надають публічні послуги.

Отже, родовий об’єкт злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, слід визначити як нормальну службову діяльність державного апарату, апарату органів місцевого самоврядування, а також апарату управління підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та діяльність, пов’язану з наданням публічних послуг.

Наступним за ієрархією є безпосередній об’єкт проекту складу злочину «Посередництво у підкупі». У результаті аналізу питання визначення родового об’єкта злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, ми прийшли до висновку про те, що розуміння родового об’єкта цього складу злочину повинно бути комплексним, враховувати диференціацію кримінальної відповідальності за корупційні діяння різних категорій осіб. Зважаючи на те, що посередницькі дії перебувають у нерозривному взаємозв’язку з основними злочинами, що утворюють підкуп, визначення об’єкта повинно охоплювати ознаки безпосередніх об’єктів усіх названих складів злочинів. Тому, на нашу думку, характер безпосереднього об’єкта складу злочину «Посередництво у підкупі» можна також визначити як комплексний, який інтегрує ознаки декількох безпосередніх об’єктів зазначених злочинів.

Д.Г. Михайленко, узагальнивши погляди на об‘єкт хабарництва, виділив такі наукові позиції щодо вирішення цього питання: об’єктом хабарництва є публічно-правовий характер оплати службової діяльності (С. Закутський, Б.С. Нікіфоров, М.Д. Лисов, О.Я. Свєтлов, А.К. Квіцинія, В.С. Лукомський, Б.В. Волженкін, Ф.В. Шиманський та ін.), безпосередній об‘єкт хабарництва тотожний з родовим об’єктом службових злочинів (В.І. Соловйов, В.Я. Тацій, М.П. Кучерявий, А.Б. Сахаров та ін.); хабарництво окрім інших відносин, посягає і на авторитет органів влади й управління (І.А. Гельфанд, Б.В. Здравомислов, Є.Л. Стрельцов, П.С. Матишевський, Л.В. Багрій-Шахматов, В.Є. Мельникова, Д.І. Крупко та ін.) [136, с. 48].

Сам же Д.Г. Михайленко вважає, що об’єктом злочинного посягання при хабарництві є група охоронюваних кримінальним законом однорідних суспільних відносин, що виникають із приводу владних (управлінських) актів між службовцями й іншими особами, що є зацікавленими в результатах їхньої діяльності, змістом яких є такий аспект встановленого законом порядку здійснення цими службовими особами своїх повноважень, як виконання їх лише в інтересах служби. Науковець зазначає, що хабарництво порушує вказаний порядок внаслідок реалізації службовою особою повноважень проти інтересів або не в інтересах служби, а в приватних інтересах окремих осіб, які (чи за яких) оплачують таку поведінку.

На нашу думку, здійснювати визначення безпосереднього об‘єкта злочинів, які стосуються надання та (або) одержання неправомірної вигоди, потрібно так, щоб визначити і максимально конкретизувати основний об‘єкт, який страждає від таких корупційних проявів. Адже, навряд чи можна погодитися з тим, що від одержання, надання і інших альтернативних діянь із неправомірною вигодою завжди страждає правомірна діяльність певного суб‘єкта (адже, суб‘єкт може отримувати неправомірну вигоду за здійснення певних дій в межах своєї компетенції без порушення законодавства); навряд чи варто вести мову про здійснення повноважень не в інтересах служби тощо.

Частина теоретиків наголошує на нетотожності, відмінності об’єкта складу злочину, передбаченого ст. 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», від інших, вказуючи, що це діяння посягає на встановлений законодавством публічно-правовий порядок оплати праці службових осіб; на державну дисципліну в сфері оплати праці службових осіб; на непідкупне безоплатне здійснення службовою особою обов’язків по службі [120, с. 8, 12; 41, с. 189; 123, с. 81]. Д.Г. Михайленко звертає увагу на те, що така позиція є інтерпретацією підходу, який обґрунтовував ще А.А. Жижиленко [62, с. 74], згідно з котрим об’єктом хабарництва визнавалися засади безоплатності та непідкупності посадовця [136, с. 49].

О.О. Дудоров, аналізуючи означений підхід, пропонує відмовитися від вживання терміна «безоплатність», оскільки, за загальним правилом, службова діяльність відповідних осіб оплачується у встановленому порядку. Науковець зауважує, що лише у деяких випадках отримання незаконної винагороди означає порушення саме безоплатності службових дій (наприклад, коли особа на громадських засадах залучається до участі в охороні громадського порядку та боротьби зі злочинністю) [100, с. 453 – 454]. Безпосередній об’єкт складу злочину, передбаченого ст. 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди», вчений визначає як встановлений законодавством або уповноваженим органом державної влади або органом місцевого самоврядування порядок оплати праці, відповідно до якого службова діяльність стосовно фізичних та юридичних осіб з боку службових осіб повинна здійснюватись непідкупно і фінансуватись за рахунок коштів держави, органів місцевого самоврядування, державних і комунальних підприємств, установ та організацій [100, с. 454]. Послідовно і логічно до цього визначення, викладено і безпосередні об‘єкти схожих складів злочинів, як-от ст. 368-3 КК України (безпосередній об’єкт – встановлений законодавством або уповноваженим органом юридичної особи приватного права порядок оплати праці, згідно з яким діяльність по службі стосовно фізичних та юридичних осіб з боку службових осіб юридичних осіб приватного права повинна здійснюватись непідкупно і фінансуватись за рахунок коштів цієї юридичної особи), ст. 369 КК України (встановлений порядок службової діяльності в окремих ланках державного апарату, апарату місцевого самоврядування, а також державних та комунальних підприємств, установ та організацій) [100, с. 478, 482]. З таких визначень зрозуміло , що об’єкти тих складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної із наданням професійних послуг, які безпосередньо пов’язані з переходом неправомірної вигоди, збігаються, а відмінність полягає лише в суб’єкті та способі визначення порядку законного фінансування виконання службових обов’язків.

Однаково у складах злочинів, передбачених ст. 368 – 369-2 КК України, визначають безпосередній об‘єкт й інші дослідники: таким об‘єктом називають належне виконання (службових) професійних обов‘язків [73, с. 13 – 21].

Аналізуючи кримінальне право Німеччини, Д.І. Крупко стверджує, що об’єктом хабарництва в кримінальному праві Німеччини прийнято вважати віру громадськості в непідкупність службових осіб і об’єктивність їхніх рішень [112, с. 3]. Дослідник зауважує, що таке визначення німецьких фахівців в певній мірі підтверджує позицію вітчизняних науковців, згідно з якою об’єктом хабарництва є авторитет держави, підприємств, установ, організацій [112, с. 3].

Видається, що визначення безпосереднього об‘єкта складів злочинів, пов’язаних із наданням та (або) одержанням неправомірної вигоди як «належного виконання службових або ж професійних обов‘язків», має низку недоліків. Адже, загальновідомо, що особа може отримувати (або давати, обіцяти тощо) неправомірну вигоду за вчинення або невчинення певних дій, які можуть бути або законними, або ж незаконними. Якщо передається неправомірна вигода за вчинення (невчинення) незаконних дій, – справді можна зазначати про те, що страждають відносини у сфері належного виконання (службових) професійних обов‘язків. Якщо ж передається така вигода за вчинення (невчинення) законних дій (тобто особа, що отримує неправомірну вигоду, діятиме законно у межах своєї компетенції, вона отримує неправомірну вигоду), – навряд чи доцільно вести мову про те, що страждають відносини у сфері належного виконання (службових) професійних обов‘язків. Про такий об‘єкт посягання можна стверджувати хіба що у тій частині, що особа, вчинюючи законні дії у межах своїх функціональних обов‘язків, незаконно отримує за це оплату. Саме у такий спосіб порушується належний порядок виконання відповідних обов‘язків.

Однак, видається, що висвітлена позиція про визначення об‘єкта хабарництва у кримінальному праві Німеччини більш повно відображає дійсний об‘єкт посягання. Йдеться про те, що склади підкупів заподіюють шкоду вірі громадськості у непідкупність відповідних службових чи інших осіб. Ця віра в непідкупність безпосередньо відображається у авторитеті відповідних органів.

Тому вважаємо, що злочини, пов‘язані із наданням та (або) одержанням неправомірної вигоди, не залежно від того, законні чи незаконні дії вчинятиме (або не вчинятиме) її одержувач, посягають саме на авторитет певного органу, в якому працює суб’єкт злочину. Саме така діяльність службових осіб публічного чи приватного права, осіб, які здійснюють публічні послуги, руйнує певний рівень авторитету до державного органу, органу місцевого самоврядування, юридичної особи приватного права тощо.

Зауважимо, що таке розуміння безпосереднього об’єкта злочинів, що полягають у підкупі (раніше – хабарництві), підтримане і обґрунтоване низкою науковців. Зокрема, чимало вчених під об’єктом хабарництва розуміли лише авторитет державного апарату, підприємств, установ і організацій [12, с. 59; 105, с. 576; 130, с. 7].

Спірним є розуміння під безпосереднім об‘єктом розглядуваної групи складів злочинів суспільних відносин, що регламентують встановлений законодавством або уповноваженим органом державної влади або органом місцевого самоврядування або уповноваженим органом юридичної особи приватного права порядок оплати праці, відповідно до якого службова діяльність стосовно фізичних та юридичних осіб з боку службових осіб публічного чи приватного права та осіб, що надають публічні послуги повинна здійснюватись непідкупно і фінансуватись за рахунок коштів держави, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ чи організацій будь-якої форми власності. Адже, справді порядок оплати праці повинен здійснюватися у законний спосіб. Але ж отримувана неправомірна вигода навряд чи може вважатися оплатою праці чи прирівнюватися до неї.

Д.Г. Михайленко, не погоджуючись із визнанням безпосереднім об‘єктом аналізованих складів злочинів публічно-правового характеру (принципу) оплати діяльності службових осіб, влучно вказує, що акт прийому-передачі хабара не є самоціллю сторін, тому наведене розуміння об’єкта хабарництва не відповідає природі цього злочину, адже він спрямований не на порушення порядку оплати праці [136, с. 49].

З огляду на викладене, вважаємо, що безпосереднім об‘єктом «Посередництва у підкупі», як і інших злочинів, пов‘язаних із наданням та (або) одержанням неправомірної вигоди, треба вважати нормальну службову діяльність щодо забезпечення авторитету відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного чи приватного права, осіб, що надають публічні послуги.

Окрім основного об’єкта, як зазначають деякі науковці, під час надання чи одержання неправомірної вигоди за незаконні діяння може заподіюватися шкода і додатковим об’єктам, ними виступають найрізноманітніші публічні і приватні інтереси виконання службовими особами їхніх обов’язків без забороненої законом матеріальної винагороди [20, с. 110]. Із такою тезою можна погодитись, конкретизувавши, що йдеться про додатковий факультативний об’єкт посягання, оскільки шкода таким відносинам спричинюється не завжди.

Предметом «Посередництва у підкупі» є неправомірна вигода. Саме на змісті цінностей, що можуть виступати як неправомірна вигода, на співвідношенні кола цих цінностей із поняттям хабара і варто акцентувати більш детально.

Зауважимо, що у кримінально-правовій літературі були пропозиції вважати неправомірну вигоду (хабар) не предметом, а знаряддям злочину [15; 90, с. 34, 36]. Попри те, що це питання потребує більш широкого дослідження, наведемо лише кілька аргументів щодо того, чому, на нашу думку, неправомірна вигода є все ж предметом злочину.

Загальновідомо, що предмет злочину – це ті цінності, через вплив на які спричинюється шкода об’єкту злочину. Саме через предмет злочину (наприклад, бажання його отримати) одержувач неправомірної вигоди вчинює те чи інше суспільно небезпечне діяння. Видається, що одержувач неправомірної вигоди вчинює відповідний злочин саме через бажання отримати предмет неправомірної вигоди (гроші чи інше майно). У разі вчинення діяння у формі обіцяння чи пропонування неправомірної вигоди адресат такої вигоди ж не вчинює діяння з ціллю отримання знарядь злочину, а для того, щоб отримати предмет злочину. Оскільки одержання/надання, обіцяння/прийняття обіцянки і т.д. є кореспондуючими діяннями, то й особа, яка надає чи обіцяє таку неправомірну вигоду, вчинює відповідні діяння з предметом, а не знаряддям вчинення злочину.

Якщо розглянути внутрішню структуру системи складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, можна простежити, що законодавець обрав одним із системоутворювальних критеріїв для її побудови предмет злочину. Після внесення змін до розділу XVII КК України від 7 квітня 2011 року можна було виділити дві основні групи у системі досліджуваних складів злочинів, а саме: загальні службові злочини та злочини, пов’язані з переходом неправомірної вигоди. Оскільки діяння посередника фігурує при вчиненні злочинів, що належать до другої підгрупи системи службових злочинів, то їх слід вивчити більш детально.

До прийняття чергового Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» № 221-VII предметами цих складів злочинів визнавалися неправомірна вигода та хабар. В кримінально-правовій літературі більшість науковців висловлювали думку про те, що така диференціація втратила кримінально-правове значення. Саме такий підхід формується із аналізу наукових праць вчених, які були опубліковані до внесення змін, що стосувалися відмови від терміна «хабар» у КК України.

М.І. Хавронюк аргументував, що це поняття-синоніми і використання поняття «хабар» у ст. 368, 369 і 370 КК України залишилося лише даниною традиції [197, с. 42]. Такої ж думки притримується і В.І. Тютюгін. Розкриваючи зміст поняття «неправомірна вигода», яке пропонувалося закріпити ще у першому проекті антикорупційних законів, у 2009 році, він теж зазначає, що ці два поняття збігаються за змістом [185, с. 6-7]. Я.В. Ризак, розвиваючи зазначену тезу, акцентує на тому, що саме поняття «неправомірна вигода», яке використовується у міжнародно-правових актах у сфері протидії корупції, має вживатися у тексті КК України для позначення предмета злочинів, що становлять кримінально карану корупцію [157, с. 125].

Прийнятим 18 квітня 2013 року Законом № 221-VII було передбачено виключення з Розділу XVII Особливої частини КК України терміна «хабар» і заміна його на єдине поняття «неправомірна вигода». Головне науково-експертне управління, надаючи свій висновок щодо цього законопроекту, оцінило таку заміну термінів доволі критично. Свою позицію управління обґрунтовувало, зокрема, тим, що кримінально-правове поняття «хабар» охоплює тривалий історичний період формування, його закріплення у національному кримінальному законодавстві є усталеним і зрозумілим не лише для тих, хто застосовує правові норми, а й для звичайних громадян [40].

Однак навряд чи можна вважати такий аргумент переконливим, адже введення нових термінів і понять – це закономірний процес, властивий законодавству будь-якої держави. Крім того, йдеться про впровадження міжнародних стандартів боротьби з корупцією, закріплених у ратифікованих Україною конвенціях.

Отже, проблема використання різних термінопонять, зокрема, у статтях, які стосуються підкупів у публічному та приватному секторі, справді потребувала належного вирішення на законодавчому рівні та приведення їх у відповідність до конвенційних стандартів, щоби вказані норми охоплювали будь-яку форму неправомірної вигоди. Тому, варто погодитися з О.О. Дудоровим, який стверджує, що заради узгодженості, чіткості та уникнення суперечностей під час здійснення кримінально-правової кваліфікації на практиці важливо, щоб усі корупційні правопорушення містили одні й ті ж базові поняття [100, с. 403].

Варто коротко наголосити на відмінності між поняттями «неправомірна вигода» та «хабар», оскільки це питання має сьогодні лише історичне значення. З тлумачення поняття «хабар» Пленумом Верховного Суду України у Постанові «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 року № 5, а також із законодавчого закріплення визначення поняття «неправомірна вигода» зрозуміло, що вони відрізняються тим, що хабар – це незаконна винагорода, яка має виключно матеріальний характер (гроші, матеріальні цінності, документи, які надають право отримати майно, будь-які дії майнового характеру та ін.), а неправомірна вигода може мати і нематеріальний характер.

Водночас варто нагадати, що законодавець кілька разів вносив зміни до КК України стосовно переліку цінностей, що можуть бути неправомірною вигодою. Спершу «нематеріальність» неправомірної вигоди він намагався виявити шляхом використання у відповідній дефініції словосполучення «нематеріальні активи». Усвідомивши хибність свого підходу, законодавець уточнив, що неправомірна вигода може мати «негрошовий характер» (зміни внесені Законом № 198-VIII від 12.02.2015 р.). Спробуємо з’ясувати обсяг цінностей, що можуть бути неправомірною вигодою. Однак не будемо зважати на традиції і не аналізуватимемо зміст тих цінностей, які завжди визнавалися можливим предметом «хабара» (як-от грошові цінності або інше майно), а з’ясуємо , що таке вигода нематеріального характеру; чи послуги, пільги, переваги можна віднести до неправомірної вигоди нематеріального характеру; що таке вигода негрошового характеру.

Деякі вчені зауважують, що нематеріальною неправомірна вигода є через те, що вона може виступати у вигляді нематеріальних активів. Однак такий підхід є хибним. Якщо проаналізувати п. 14.1.120 ст. 14 і п. 145.1.1 ст. 145 Податкового кодексу України, то можна зрозуміти, що під «нематеріальними активами» розуміються не будь-які блага нематеріального характеру. Це може бути як право власності на результати інтелектуальної діяльності, а також інші аналогічні права, визнані об’єктом права інтелектуальної власності, право користування майном, майновими правами та природними ресурсами. Податковий кодекс України виділяє кілька груп нематеріальних активів (наприклад, авторське право та суміжні з ним права, комерційні позначення, об’єкти промислової власності, право користування надрами, іншими ресурсами природного середовища, право користування будівлею, право на оренду приміщень тощо). Попри це, нематеріальні активи завжди мають майновий характер, тобто можуть бути виражені у грошовій формі. Нематеріальні активи амортизуються, а це безпосередню вказує на їхній майновий характер.

О.О. Дудоров зазначає, що, незважаючи на те, що у визначенні неправомірної вигоди, закріпленому у чинній редакції, не використовується словосполучення «послуги немайнового характеру», вони все ж охоплюються поняттям переваг і послуг, характер яких законодавцем не конкретизується [100, с. 402]. Вчений вважає, що саме за рахунок цих видів неправомірної вигоди це поняття є ширшим за змістом, аніж поняття «хабар». Якраз переваги та послуги можуть мати немайновий характер.

Очевидно, що професор О.О. Дудоров аналізував дефініцію неправомірної вигоди, яка ще не містила вказівки на негрошовий характер цінностей, що можуть бути предметом підкупу. Однак правова природа послуг, пільг, переваг теж викликає певні застереження, а тому проаналізуємо її.

Так, у цивілістичній літературі дискутується питання про матеріальний або ж нематеріальний характер послуги. О.А. Підопригора зазначає, що послуги – це певна діяльність, що не пов’язується зі створенням речі (її відновлення, ремонт), однак яка сама собою зумовлює відповідне благо, що має споживну вартість, і внаслідок цього стає об‘єктом цивільного права [152, с. 265].

В економічній науці в основу розуміння послуг і поділу їх на види покладено вчення К. Маркса. Так, К. Маркс виділяв два види послуг: матеріальні і чисті. Матеріальні послуги – це послуги, які втілені у предметах споживання (пошитий одяг, відремонтоване взуття тощо); а чисті – ті, які в силу своєї специфіки не можуть набувати форми предметної реальності [124, с. 149]. З огляду на таку класифікацію, в радянській економічній літературі послуги, результати яких матеріалізуються у продукті, отримали назву матеріальних, а чисті послуги – нематеріальних [172; 176, с. 39]. Під матеріальними послугами розуміли частину невиробничої праці, яка виступає у формі послуги, задовольняючи своїм корисним ефектом певну потребу людини й одночасно матеріалізується у предметі праці; під нематеріальними – послуги, під час надання яких особа впливає безпосередньо на людину, яка отримує цю послугу; при наданні послуг нематеріального характеру виникає збіг предмета праці з об'єктом послуги, внаслідок чого відсутній вплив на будь-який матеріально-речовий предмет [172].

Науковці, досліджуючи співвідношення понять і видів послуг у юридичній та економічній науках, зробили висновок про те, що економічне значення послуги за своєю природою є значно ширшим: якщо з економічної точки зору послуги поділяються на матеріальні та нематеріальні, то з юридичної – розглядаються як один із видів цивільно-правових зобов'язань і послуга в юридичному значенні – це у будь-якому разі послуга нематеріального характеру [172].

Тому варто пам‘ятати, що послуги як правова категорія характеризуються тим, що мають нематеріальний характер. Цим вони відрізняються від такого виду об’єктів, як речі, бо, згідно зі ст.179 ЦК, річчю є предмет матеріального світу [200]. Однак послуга може бути оцінена у майновому еквіваленті, що означає звичайну можливість визначення вартості послуги. Для кримінального права такий висновок означає те, що послуга фактично має вираження своєї вартості, а тому має матеріальну складову.

Нам видається, що законодавець намагався максимально розширити коло цінностей, що можуть виступати неправомірною вигодою і передусім хотів включити у ці цінності все, чим можна підкупити особу. Водночас він сам «потрапив у капкан», оскільки заплутався у змісті термінів. Використання терміна «нематеріальні» ще не означає, що йдеться про цінності, які не мають майнової (матеріальної) основи.

Влучним щодо кола цінностей, що можуть виступати неправомірною вигодою є твердження про те, що перелік, який використовується законодавцем у нормативних дефініціях неправомірної вигоди, умовно позначає будь-яке поліпшення становища особи у чому б воно не виражалось [175, с. 15].

Коло цінностей, що можуть бути предметом неправомірної вигоди доцільно ділити на дві групи. Очевидно, що перша група – це цінності матеріального характеру. Другу групу варто назвати так, щоб у назві закласти неможливість оцінки шляхом грошового еквіваленту. Саме так і спробував зробити законодавець, включивши у дефініцію неправомірної вигоди негрошового характеру. Однак для забезпечення системності вважаємо за доцільне використовувати поняття одного ряду і здійснювати поділ неправомірної вигоди на цінності грошового та негрошового характеру.

Тому критерієм, який доцільно вважати основою такого поділу, потрібно брати можливість визначення вартості відповідної цінності. Якщо визначати вартість можна – відповідно йдеться про цінність грошового характеру (як-от нематеріальні активи, послуги). Якщо ж визначати вартість не можна, оскільки немає такого механізму, певна цінність не оцінюється у вартісному критерії апріорі – це цінність негрошового характеру.

У кримінально-правовій літературі переваги розуміють як особливі привілеї, що створюють додаткові можливості для конкретних осіб, які вигідно відрізняють їх від інших [108, с. 797]. Г.С. Крайник зауважує, що переваги можуть полягати, зокрема, у праві на позачергове або першочергове одержання матеріальних благ чи послуг або пільг, які на лежать особі ірsо jure[95, с. 198]*.*

В.П. Кушпіт вважає, що переваги – це додаткові матеріальні або інші вигоди або можливості, які суб’єкт має порівняно з іншими; переваги можуть полягати у праві на позачергове або першочергове одержання матеріальних благ чи послуг або пільг, які належать собі; це ті блага, які одержує особа, що надає публічні послуги, у випадках, коли відбувається конкуренція, тобто, якщо кілька суб’єктів претендують на одне й те ж благо [117, с. 207].

Прикладами ж таких переваг називають безпідставне надання чергової відпустки в літній період всупереч установленому графіку [108, с. 797]; одержання квартири від держави особою, яка, хоч і перебувала на обліку як така, що має право на першочергове одержання житла, але у відповідному переліку таких осіб не була першою, тобто фактично одержала житло поза чергою [197, с. 32].

Окрім того, цілком очевидно, що між наведеними прикладами переваг є суттєва різниця. Адже і другому випадку перевага призведе до отримання майна – житла. Тому можна зазначати про те, що у низці випадків переваги теж можуть набувати матеріального характеру. Видається, що під перевагами варто розуміти привілеї, які можуть мати як грошовий, так і негрошовий характер. Віднесення тієї чи іншої переваги до такої, що має (або немає) грошовий характер, варто здійснювати після аналізу кожного конкретного випадку надання відповідної переваги. Критерієм для визначення грошового характеру переваги може слугувати зміст переваги і кінцевий результат, який буде набутий одержувачем такої переваги.

Науковці визначають пільги як додаткові права або повне чи часткове звільнення від виконання певних обов’язків, що надаються окремим категоріям осіб [108, с. 797].

Пільги, на думку В.П. Кушпіта, є частиною переваг, а надання пільг є формою соціальної підтримки, спрямованої на забезпечення достатнього життєвого рівня, за умови, що дохід таких осіб не перевищує встановленої величини, або є додатковою гарантією у зв’язку з особливими умовами праці [117, c. 208].

На нашу думку, навряд чи варто пільги вважати частиною привілеїв. Адже пільги, на відміну від привілеїв, завжди мають законодавче забезпечення. Вони чітко прописані у законі і надаються на підставі закону. Привілеї ж можуть не мати законодавчого підґрунтя для застосування. У тих випадках, коли йдеться про юридичне визначення можливості застосування певного привілею, все ж існує можливість оціночної оцінки доцільності надання такого привілею, тобто існує певна конкуренція щодо можливості отримання певного блага тощо.

У науковій літературі вдало, на наш погляд, систему державних пільг поділяють на дві групи: соціальні та професійно-побутові пільги [95, с. 198 – 199; 165]. Науковці пояснюють, що потрібно розрізняти пільги, що надаються громадянам за життєвих обставин, які зумовлюють необхідність особливої уваги до людини, тобто є частиною державної системи соціального забезпечення, та пільги, які пов’язані зі службовим статусом особи чи видом її трудової діяльності [95, с. 198 – 199; 165].

Отже, в результаті здійсненої законодавцем уніфікації термінології предмет злочинів, які вчинюються усіма категоріями суб’єктів, відтепер єдиний – неправомірна вигода. Уніфікація термінології дала змогу значно спростити систему складів службових злочинів. Відтепер розмежовувати їх залежно від виду предмета не потрібно.

Неправомірною вигодою, відповідно до примітки до ст. 364-1 КК України, вважаються грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру. Таким чином, неправомірну вигоду варто поділити на два види: вигода, що має грошовий характер (грошові кошти, інше майно, пільги, деякі переваги, нематеріальні активи) та вигода, яка має негрошовий характер (переваги і інші вигоди негрошового характеру).

У наукових працях інколи стверджували, що предметом хабара можуть бути лише ті матеріальні цінності, які не вилучені із цивільного обігу [11, с. 42; 187, с. 424]. Водночас таке твердження не відповідає дійсності. Так, для прикладу, предметом неправомірної вигоди може бути зброя, наркотичні засоби, які вилучені із вільного цивільно-правового обігу. Попри це, у п. 7 раніше чинної постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26.04.2002 р. було вказано, що давання й одержання як хабара предметів, збут і придбання яких є самостійним складом злочину (вогнепальної (крім гладкоствольної мисливської)), холодної зброї, бойових припасів або вибухових речовин, наркотичних засобів, отруйних чи сильнодіючих речовин тощо), утворює сукупність злочинів і кваліфікується за відповідною частиною ст. 369 чи ст. 368 і тією статтею КК, яка передбачає відповідальність за збут або придбання цих предметів. Тож і вилучені із цивільного обігу предмети можуть бути цінностями, що передаються як неправомірна вигода. Особливість лише у тому, що незаконний обіг таких цінностей може утворювати самостійний склад злочину.

Предметом різноманітних вигод майнового характеру можуть бути будівництво різних нерухомих об‘єктів (безоплатно або із нижчою оплатою), ремонт різних об‘єктів, надання туристичних путівок, заниження вартості об‘єктів, які підлягають приватизації, зменшення орендної плати, відсотків за користування майном, надання позик і кредитів за заниженими відсотковими ставками або ж узагалі без сплати відсотків, оплата за виконану роботу за завищеними розцінками тощо.

Очевидно, що предметом посередництва у вигляді безпосередньої передачі неправомірної вигоди (тобто у разі фізичного посередництва) можуть бути гроші, цінні папери, інше майно, тобто будь-які уречевлені цінності. Водночас виникає запитання про можливість визнання предметом посередництва послуг майнового характеру. У кримінально-правовій літературі висловлюються різні міркування з цього приводу. Однак варто вказати, що треба відповісти на такі запитання: чи може предметом посередництва у передачі неправомірної вигоди виступати послуга майнового характеру загалом і як кваліфікувати передачу у вигляді неправомірної вигоди такої послуги.

На думку П.С. Яні, послуги майнового характеру не можуть бути предметом фізичного посередництва [211]. Йдеться про випадки, коли третя особа надає послуги майнового характеру та усвідомлює, що ці послуги передаються за виконання службовою особою (одержувачем неправомірної вигоди) дій або бездіяльності по службі на користь того, хто надає та оплачує предмет злочину (чи третіх осіб, яких він представляє). Для прикладу, особа здійснює ремонт будинку службової особи, однак він оплачений особою, що надала неправомірну вигоду. В такому разі П.С. Яні вважає, що відповідні діяння повинні кваліфікуватися як посередництво у вигляді сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) її одержувачу в реалізації домовленості між ними про надання та одержання неправомірної вигоди [211].

М.І. Моісеєнко натомість стверджує, що предметом фізичного посередництва можуть бути не лише уречевлені різновиди неправомірної вигоди (гроші, цінні папери, інше майно), але і послуги майнового характеру [140, с. 49]. Науковець зауважує, що в останньому випадку посередником повинен визнаватися безпосередній виконавець послуги або роботи за умови, що йому відомо про дійсні обставини їх виконання та їх призначення як неправомірної вигоди. Злочинна роль виконавця послуги (роботи) у такому разі полягає в тому, що він забезпечує безпосереднє одержання одержувачем майнової вигоди у вигляді безкоштовного користування послугою, що надається, або безкоштовного одержання результату виконуваної роботи.

Видається, що позиція М.І. Моісеєнка заслуговує на увагу. Адже не повинно бути жодних винятків із ознак предмета фізичного посередництва, і таким предметом може виступати неправомірна вигода у будь-якому її вигляді.

Таким чином, вважаємо, що предметом посередництва у діяннях, пов’язаних із передачею неправомірної вигоди, можуть бути як уречевлені, так і неуречевлені цінності. Кваліфікувати надання неправомірної вигоди у вигляді послуг майнового характеру потрібно аналогічно із кваліфікацією передачі уречевлених об‘єктів неправомірної вигоди.

П.С. Яні пропонує розглядати три варіанти здійснення посередницьких дій у вигляді надання послуг майнового характеру [211]. Перша ситуація, наведена вище, полягає в тому, що третя особа надає спеціальному суб’єкту повністю оплачені стороною послуги, виконує роботи (наприклад, ремонтує будинок) і усвідомлює, що ці послуги виконуються за вчинення нею дій (бездіяльності) по службі чи з огляду на професійне становище на користь сторони, яка надає неправомірну вигоду. Таке надання послуг чи виконання робіт утворює склад злочину «посередництво».

Коли ж особа надає службовій особі (особі, яка надає публічні послуги) належні до оплати, але не оплачені цим суб’єктом послуги за вчинення дій (бездіяльності) по службі чи через професійну діяльність на користь третьої особи, й такі послуги ця інша особа також не оплачує, то таке надання послуг утворює склад не посередництва, а надання неправомірної вигоди за дії (бездіяльність) на користь особи, яку представляють.

Третя ситуація відбувається тоді, коли особа, на користь якої спеціальний суб’єкт збирається вчинити дію (бездіяльність) по службі чи через своє професійне становище, лиш частково оплачує послуги, що виконуються для цього службовця третьою особою. Вчинене діяння третьою особою (особою, яка надає послуги службовцю) повинно кваліфікуватися як посередництво в наданні неправомірної вигоди в сумі, еквівалентній оплаченій частині послуг, а в частині неоплаченої послуги особою, що надає неправомірну вигоду, – як надання неправомірної вигоди групою осіб за попередньою змовою. В такому випадку виконавцями надання неправомірної вигоди групою осіб є особа, яка частково оплатила послуги, надані одержувачу, й особа, яка безпосередньо надала послуги, – в тій частині, за яку вона не отримала плату від першої особи, що надала неправомірну вигоду [212].

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що предметом «Посередництва у підкупі» може бути неправомірна вигода у різному вигляді. Предметом і фізичного, і інтелектуального посередництва можуть виступати грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру.

Наступним елементом складу злочину, на який варто розглянути під час аналізу об’єктивних ознак «Посередництва у підкупі», є об’єктивна сторона злочину. Склад «Посередництва у підкупі» за конструкцією об‘єктивної сторони варто формулювати як формальний склад злочину. Така теза є очевидною з огляду на те, що карати варто вже за саму діяльність посередника без прив‘язки до її подальших наслідків. Окрім того, і діяння сторін корупційної угоди (обіцянка, пропозиція, їх прийняття, надання, одержання) є формальними.

Водночас слід зауважити, що дослідження суспільно небезпечного діяння посередника є доволі складним питанням. Адже потрібно максимально детально визначити форми можливих діянь посередника, вивчити види посередництва, з‘ясувати, яким чином варто у диспозиції пропонованої статті КК України формулювати зміст діяння. Навряд чи доцільно обмежитися лише використанням словосполучення «посередництво у підкупі». Адже це словосполучення одразу ж потребуватиме пояснення. А тому необхідно вже у тексті КК України використати таку конструкцію, яка би дозволила з‘ясувати, у чому може полягати посередництво у підкупі.

На жаль, і у буденному сприйнятті, і у науковій літературі діяльність посередника у підкупі часто зводять до найпростішого виду посередництва – безпосередньої передачі коштів. Складною формою посередництва вважають механізм передачі коштів через кількох посередників. Однак насправді злочинці винайшли набагато складніші й заплутаніші варіанти передачі неправомірної вигоди. Тому і з‘ясовувати зміст посередництва у підкупі необхідно, враховуючи найпоширеніший і водночас найпростіший варіант посередництва (фізичну передачу коштів) і аналізуючи, інші більш складні, форми корупційних проявів.

Одразу ж зауважимо, що зазвичай чим більші розміри неправомірної вигоди є предметом підкупу, тим складніші схеми використовують злочинці під час «укладення злочинної угоди». Водночас, якщо сторони корупційної угоди почувають себе «захищено», вважають, що їм усе дозволено, то й передавання великих сум неправомірної вигоди може здійснюватися шляхом звичайного фізичного посередництва, що полягає у передаванні суми підкупу. Для прикладу, 6 липня 2015 р. Генеральна прокуратура і Служба безпеки України затримали першого заступника начальника ГСУ Генпрокуратури Ш. і заступника прокурора Київської області К. за підозрою в отриманні 3 млн. гривень хабара. Також був затриманий бізнесмен, підозрюваний у посередництві при дачі хабара [174]. Діяння посередника були кваліфіковані як пособництво в одержанні неправомірної вигоди. Принагідно зауважимо, що ЗМІ і надалі оперують усім відомим і зрозумілим терміном «хабар».

Розпочнемо дослідження суспільно небезпечного діяння в «Посередництві у підкупі» із аналізу найпоширенішої форми – фізичного посередництва.

Поняття посередництва тлумачилося Пленумом Верховного Суду України в п. 12 постанови від 07 жовтня 1994 р. № 12 «Про судову практику у справах про хабарництво» так: посередником є особа, яка, діючи за дорученням того, хто дає, чи того, хто одержує хабар, безпосередньо передає предмет хабара, усвідомлюючи при цьому характер вчинюваних дій». Дії такої особи потрібно було кваліфікувати за відповідною частиною ст. 169 КК України «Посередництво в хабарництві» незалежно від того, чи одержала вона за посередництво винагороду чи ні. Отож, в радянський період основна увага була звернута на фізичне посередництво, і саме такий вид посередницьких діянь визнавався кримінально караним.

Б.В. Здравомислов із цього приводу зазначав, що суть посередництва зводилася тільки до передачі предметів хабара від хабародавця хабароодержувача, а посередник виступав між ними зв’язуючою ланкою [71, с. 67].

Очевидно, що таке вузьке розуміння діяльності посередника повинне залишитися у минулому. Адже рівень корупції змушує не лише активно зайнятися боротися із цим негативним явищем на всіх рівнях, а й швидко усувати прогалини у законодавстві, що стосується боротьби з корупцією, детально досліджувати механізми «співпраці» посередника зі сторонами корупційної угоди.

Окрім того, варто визнати, що діяльність фізичного посередника не є складною. Фактично злочинна діяльність фізичного посередника полягає у виконанні ним виключно технічної функції в механізмі передавання неправомірної вигоди. Ця функція полягає у фактичному переміщенні предмета злочину з володіння особи, що надає неправомірну вигоду у володіння її одержувача, що і може бути назване передачею неправомірної вигоди [140, с. 49]. За формою діяння передача предмета злочину може виражатися тільки в діях, конкретні способи яких на кваліфікацію не впливають (перенесення, перевезення, пересилання неправомірної вигоди чи документів, які посвідчують право на неї і т.д.) [140, с. 49].

Проте, очевидно, що посередник не завжди здійснює передачу неправомірної вигоди безпосередньо одержувачу. Ланцюг посередницьких передач може бути довгим. З огляду на це, необхідно розглянути цю проблему із кримінально-правовою кваліфікацією дій посередника, яка наявна у Російській Федерації. Так, відповідно до ст. 291.1 КК РФ, посередництво у хабарництві – це безпосередня передача хабара за дорученням хабародавця або хабароодержувача або будь-яке інше сприяння хабародавцеві і (або) хабароодержувачу у досягненні або реалізації домовленості між ними про одержання і давання хабара.

Науковець Ш.Г. Багавудінов, досліджуючи наведену норму із КК РФ, звертає увагу на явне редакційне упущення розуміння фізичного посередництва в тій частині, що посередник може не лише безпосередньо передавати, але і безпосередньо одержувати неправомірну вигоду для подальшої передачі її кінцевому адресату або іншому посереднику з цією метою, отже він може виступати не лише з боку особи, що надає неправомірну вигоду, а й з боку її одержувача [11, с. 40].

Видається, що некоректно говорити, що посередник з ініціативи одержувача неправомірної вигоди передає предмет злочину. Він одержує такий предмет злочину для подальшої передачі його кінцевому адресату. З цього можна зробити висновок про те, що визначення фізичного посередництва шляхом вказівки лише на безпосереднє передання предмета злочину є неповним, не враховує того, що посередник може виступати на стороні одержувача неправомірної вигоди.

Фізичний посередник, як правило, безпосередньо пов’язує особу, що надає неправомірну вигоду, та особу, що її одержує. Він особисто передає предмет злочину одержувачу, однак це ще не є обов’язковою умовою вчинення розглядуваного злочину. Адже посередник може передати неправомірну вигоду через інших осіб, які не знають про злочинну домовленість, наприклад, через членів сім’ї одержувача, використати поштовий зв’язок чи здійснити передачу іншим способом. Але і в таких випадках посередництво в злочині повинно вважатися закінченим із моменту одержання неправомірної вигоди службовою особою (чи особою, що надає публічні послуги) або прийняття нею хоча би частини неправомірної вигоди.

Це пояснюється тим, що завершальний етап всіх діянь, що становлять підкуп, в кінцевому результаті зводиться до одержання неправомірної вигоди кінцевим адресатом. У разі відмови одержувача від прийняття неправомірної вигоди діяння посередника, як і особи, яка надає неправомірну вигоду, розглядатимуться як замах на цей злочин. Якщо неправомірна вигода надається службовій особі у вигляді відповідної послуги майнового характеру, злочин закінчений з моменту початку користування такою послугою або з моменту отримання службовою особою відповідних документів, що дають можливість користуватися тією або іншою послугою. Отримання неправомірної вигоди слід вважати таким, що відбулося, у разі зарахування грошей, що є предметом злочину, на банківський рахунок службової особи (особи, що надає публічні послуги) за умови її обізнаності про це, тобто з моменту реальної можливості розпоряджатися відповідними коштами як власними» [58, с. 37].

М.І. Моісеєнко вважає, що ознака безпосередності передачі неправомірної вигоди за фізичного посередництва є характеристикою способу вчинення злочину [140, с. 49]. На його думку, це означає, що посередник виконує свою роль одноосібно, і, будучи єдиною з’єднувальною ланкою між сторонами корупційної домовленості, він особисто налагоджує з ними контакт, передаючи предмет злочину. Професор П.С. Яні, аналізуючи ознаку безпосередності, критикує висновки деяких криміналістів про те, що якщо в ч. 1 ст. 291.1 КК РФ прямо не вказано на передання хабара службовій особі, то посередництво в цій формі буде закінченим і тоді, коли предмет злочину передається наступному посередникові [212]. Науковець вважає, що в обговорюваній нормі йдеться про вручення предмета злочину саме службовій особі, на що власне і вказує використання в коментованій статті формулювання «у вигляді безпосередньої передачі».

З огляду на такий підхід, посередництво у вигляді безпосередньої передачі предмета злочину за дорученням особи, що її надає, або її одержувача слід вважати закінченим із моменту прийняття одержувачем хоч би частини цінностей, які передаються [212]. Проте, як аналізувалося, так відбувається не завжди. Не виняток, що в механізмі хабарництва можуть брати участь декілька фізичних посередників, які представляють, зокрема, інтереси різних сторін корупційної угоди.

Тому вказівку на «безпосередність» передачі неправомірної вигоди не можна включати у диспозицію статті про посередництво у підкупі. Основний аргумент на підтвердження цієї позиції такий: у ланцюгу передачі неправомірної вигоди може бути кілька посередників і вручення такої вигоди наступному посереднику таке ж суспільно небезпечне, як і вручення такої вигоди кінцевому адресату.

Аналізуючи ознаку безпосередності передачі неправомірної вигоди фізичним посередником, також слід з’ясувати, чи повинні визнаватися посередниками службові особи чи особи, що надають публічні послуги, її близькі, зокрема члени сім’ї, які за її вказівкою (згодою, з її відома) приймають неправомірну вигоду. Можливо, в такому випадку варто говорити про особисте отримання суб’єктом неправомірної вигоди? Наприклад, Б.В. Здравомислов підкреслював можливість під час одержання хабара передання його близьким службової особи з її згоди і за умови використання цією особою її службового становища на користь хабародавця [71].

Н.О. Лопашенко підтримує таку позицію, стверджуючи, що «особисте одержання» неправомірної вигоди службовою особою означає прийняття неправомірної вигоди нею безпосередньо або близькими особами з її відома та згоди [119]. Авторка зазначає, що родичі, приймаючи за вказаних умов неправомірну вигоду, як правило, не можуть бути визнані посередниками в одержанні неправомірної вигоди. Посередники виконують функцію передачі предмета злочину від особи, що надає неправомірну вигоду, до особи, що її одержує; щодо предмета злочину вони є сторонніми особами, жодних зокрема й незаконних, прав на нього вони не мають, хоча й можуть отримати за посередництво матеріальну винагороду. Натомість близькі службової особи чи особи, що надає публічні послуги в силу наявних родинних чи інших близьких стосунків з цією особою, яка одержує неправомірну вигоду, як вважає Н.О. Лопашенко, розглядають цю неправомірну вигоду як своє майно або вигоди майнового характеру, на які вони мають певні права. Тому по-різному визначається момент закінчення злочину [119].

Інші міркування висловлює Б. М. Леонтьєв, зауважуючи, що отримання хабара особисто або через посередника означає, що предмет хабара вручається особисто службовій особі або з її відома, особам, що представляють такого адресата, наприклад, родичам або знайомим [190, с. 585]. Вчений вважає, що родичів варто включати у коло посередників.

Як зазначав Б.В. Волженкін, «прийняття предмета злочину представником службової особи – посередником для передачі цієї винагороди своєму довірителю ще не утворює закінченого складу одержання хабара; однак прийняття з відома службової особи незаконної винагороди за відповідну її поведінку членами сім’ї цієї особи чи іншими близькими їй особами, про матеріальне благополуччя яких вона вважає себе зобов’язаною піклуватися, утворює закінчене хабарництво» [41, с. 217].

Верховний Суд РФ у п. 9 постанови Пленуму від 10 лютого 2000 року № 6 так роз’яснював наведену ситуацію: «якщо майнові вигоди у виді грошей, інших цінностей, матеріальних послуг надані рідним і близьким службової особи з її згоди або ж особа не заперечувала проти цього і використала свої службові повноваження на користь хабародавця, дії службової особи слід кваліфікувати як одержання хабара».

Мабуть, із таким підходом до визначення моменту закінчення одержання і надання неправомірної вигоди через родичів варто погодитися. Посередників необхідно відрізняти від родичів, що діють із відома або за вказівкою кінцевого адресата неправомірної вигоди. Окрім того, коло осіб, яких слід визнавати родичами, теж необхідно окреслити. Очевидно, що йдеться про обмежене коло осіб, передачу неправомірної вигоди яким винний вважає різнозначною із особистим її отриманням. Водночас, якщо розпочати встановлювати, кому з родичів «винний довіряє як собі», а кого вважає посередником, на практиці виникне проблема із кримінально-правовою оцінкою прийняття неправомірної вигоди родичами і визначенням моменту закінчення підкупу. Найоптимальнішим у такій ситуації є використання механічного підходу і визнання родичами лише тих осіб, коло яких визначене КПК України.

Аналіз ст. 291.1 КК РФ дав змогу виявити недоліки у вказаній нормі. Відповідно, видається, що в диспозиції статті, яка встановлюватиме кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, у КК України доцільно відмовитися від вказівки на ознаку безпосередності передачі неправомірної вигоди при фізичному посередництві. Цей висновок ґрунтується з урахуванням смислового протиріччя між безпосередньою передачею неправомірної вигоди і можливістю її опосередкованої передачі через кількох посередників (групового способу вчинення злочину), а також можливості прийняття предмета злочину родичами чи близькими особами того, хто одержує неправомірну вигоду. Посередництво може здійснюватися будь-яким способом, зокрема передбачати залучення множинності посередників, які передають предмет злочину один через одного.

У кримінально-правовій літературі обговорюється інша проблема – кваліфікація дій особи, яка поряд із діями за фізичного посередництва ініціює підкуп. У тому випадку, коли фізичний посередник виступає з ініціативою одержання або надання неправомірної вигоди, схиляючи до вчинення злочину інших учасників, поєднання ним ролей посередника і підбурювача або організатора надання-одержання неправомірної вигоди, на думку М.І. Моісеєнка, вимагає кваліфікації за сукупністю злочинів – як посередництво і співучасть в одержанні або наданні неправомірної вигоди [140, с. 51]. Науковець все ж уточнює, що відповідальність фізичного посередника за співучасть в цих злочинах може виникати лише якщо організаторські або підбурювальні дії фізичного посередника не утворюють іншої форми посередництва (інтелектуального посередництва) у вигляді сприяння особі, що надає або одержує неправомірну вигоду в досягненні або реалізації домовленості між ними про надання-одержання неправомірної вигоди (наприклад, коли фізичний посередник, прийнявши неправомірну вигоду від особи, що її надала, схиляє до її одержання потенційно можливого одержувача) [140, с. 51].

На нашу думку, якщо сконструювати кримінально-правову норму, щоб альтернативні форми посередницьких дій (ті, які фактично є співучастю, і ті, які співучастю не є) становили кримінально караний окремий склад «Посередництва у підкупі», відповідна проблема буде вирішена, оскільки діяння доцільно буде кваліфікувати виключно за однією статтею. Правозастосувачу доведеться лише конкретизувати зміст посередницьких дій. За сьогоднішнього формулювання кримінально-правових норм, фактично кримінально караним буде лише діяльність підбурювача або ж організатора. Кваліфікація дій фізичного посередника може залишитися поза увагою законодавця.

Якщо ж виділяти у кримінально-правовій нормі про посередництво лише ті дії, які не є співучастю, доведеться кваліфікувати так, як пропонує М.І. Моісеєнко. Така кваліфікація, на нашу думку, утворить невиправдану конкуренцію норм, складність у розмежуванні під час правозастосування. Автоматично буде порушено питання про призначення покарання за сукупністю злочинів. Тому наведений аналіз є ще одним підтвердженням доцільності об‘єднання у новій нормі словосполученням посередництво у підкупі як діяльності, яка охоплюється поняттям співучасті, так і діяльності, яка виходить за межі співучасті у її класичному розумінні.

Наступною формою посередництва, яка потребує більш детального аналізу, є так зване інтелектуальне посередництво. Практика розслідування та розгляду справ про посередництво у підкупі доводить, що з розвитком суспільних відносин способи посередницької діяльності також видозмінюються, «удосконалюються», стають більш витонченішими та уксладненими, а розкриття цього виду злочину стає дедалі складнішим. Адже зазвичай особиста передача цінностей відбувається тільки тоді, коли йдеться про неправомірну вигоду у незначних розмірах. Це пов’язано з тим, що як особу, яка надає неправомірну вигоду, так і посередника дуже легко схопити на місці злочину. Передача неправомірної вигоди у великих та особливо великих розмірах вимагає використання більш складних злочинних схем.

Серед таких найпоширеніших ускладнених схем надання неправомірної вигоди на практиці можна натрапити зокрема на такі:

– на банківський рахунок або до електронної платіжної системи зараховуються кошти, а одержувачеві неправомірної вигоди передають тільки набір цифр, що дозволяє отримати доступ до рахунку. Така схема значною мірою ускладнює доказування факту підкупу, навіть за умови, що правоохоронним органам відомо про отримання коду;

– фірмі, оформленій на «підставну» або афілійовану особу – одержувача неправомірної вигоди, надається дуже вигідний контракт;

– надання неправомірної вигоди здійснюється шляхом надання преференцій будь-якому з родичів її одержувача. Так, наприклад, доволі поширеною є оплата навчання дітей одержувача неправомірної вигоди;

– на рахунок «підставної» фірми-одержувача неправомірної вигоди переказується певна сума грошей за нібито надані нею послуги тощо [160].

Варто зауважити, що статистичні дані свідчать про те, що традиційна схема одержання службовими особами (особами, що надають публічні послуги) неправомірної вигоди припиняє бути домінуючою. Злочинці вишукують нові, більш завуальовані способи незаконного збагачення за рахунок свого службового чи професійного становища. В свою чергу, роль посередника також вже не обмежується виключно механічною передачею предмета злочину. Така передача може взагалі і не здійснюватися, не бути метою злочинної діяльності конкретного посередника. У зв’язку з цим поступово в теорії кримінального права чіткіше вимальовується інтелектуальне посередництво як друга форма посередництва в підкупі.

З об’єктивної сторони ця форма посередництва виражається в іншому сприянні особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) особі, що її одержує, в досягненні або реалізації домовленості між ними про одержання і надання неправомірної вигоди. Як слушно зазначає М.І. Моісеєнко,це вказує на достатньо широкий діапазон способів другої форми посередництва в хабарництві, що, порівняно з його першим різновидом (фізичним посередництвом), свідчить про далеко не примітивний характер злочинної діяльності інтелектуального посередника [140, с. 52]. Така діяльність не зводиться лише до технічного обслуговування та забезпечення реалізації акту надання-одержання неправомірної вигоди, як це відбувається під час фізичного посередництва.

М.І. Моісеєнко доволі вдало поділяє всі способи інтелектуального посередництва на дві групи:

1) сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) особі, яка її одержує, в досягненні домовленості між ними про надання та одержання неправомірної вигоди;

2) сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) особі, яка її одержує, в реалізації домовленості між ними про надання та одержання неправомірної вигоди [140, с. 53].

Враховуючи зміни у кримінальному законодавстві, варто цей поділ дещо уточнити і зазначати про такі групи інтелектуального посередництва, як:

1) сприяння підкупу на стадії досягнення домовленості про подальшу передачу неправомірної вигоди;

2) сприяння підкупу на стадії реалізації такої домовленості.

Російський законодавець, формулюючи диспозицію статті про «Посередництво у хабарництві», зазначив, що йдеться про фізичне посередництво, а також інше сприяння. Одразу ж науковці цілком правильно зауважили, що формулювання інтелектуального посередництва за допомогою словосполучення «інше сприяння», порівняно з фізичним посередництвом, дозволяє зробити висновок, що «безпосередня передача неправомірної вигоди» (фізичне посередництво) становить окремий випадок сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) особі, яка її одержує, в досягненні або реалізації домовленості між ними про надання і одержання предмета злочину [211, с. 24].

Розвиваючи цю думку, М.І. Моісеєнко зазначає, що «між цими двома формами посередництва існує взаємозв’язок, характерний для конкуренції загальної і спеціальної норми» [140, с. 52]. Фактично фізичне посередництво, яке полягає у механічному переміщенні предмета злочину від особи, що його надає, до особи, котра його одержує, є особливо виділеним законодавцем різновидом сприяння головним учасникам в реалізації домовленості між ними про одержання і надання неправомірної вигоди. З цієї причини фізичне посередництво виконує роль спеціальної норми, а інтелектуальне посередництво, що охоплює решту способів посередницьких дій, відповідає поняттю загальної норми. При цьому характер злочинних дій інтелектуального посередника не пов’язаний з фізичною передачею ним неправомірної вигоди від однієї до іншої сторони корупційної угоди. Злочинна діяльність такого посередника не передбачає безпосереднього впливу на предмет злочину, а спрямована на досягнення або реалізацію домовленості між основними учасниками хабарництва про майбутню передачу та одержання неправомірної вигоди [140, с. 52].

Аналізуючи означене питання, П.С. Яні досліджує позицію найвищого судового органу РФ. Зокрема, він вказує, що судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду РФ в одній з кримінальних справ зробила висновок про те, що не ґрунтуються на законі аргументи касаційного подання державного обвинувача про те, що диспозиція ч. 1 ст. 291.1 КК передбачає відповідальність за здійснення двох самостійних діянь: 1) безпосереднього передання хабара за дорученням хабародавця або хабароодержувача і 2) іншого сприяння хабародавцеві або хабароодержувачеві в досягненні або реалізації домовленості між ними про одержання і давання хабара [211, с. 24 – 25].

Загальновживане розуміння терміна «сприяння» – це надання комусь допомоги. На основі цього деякі криміналісти зробили висновок про те, що інтелектуальне посередництво охоплює організацію одержання і надання неправомірної вигоди, пособництво в цих злочинах, але не підбурювання. Частково не погоджується з тим, що за характером діяння посередника може відповідати ознакам підбурювача, І.Ткачов. На його думку, собою породження бажання у однієї зі сторін кримінально-караної угоди дати чи одержати неправомірну вигоду ще не сприяє досягненню чи реалізації домовленості про умови передачі неправомірної вигоди [179, с. 67].

Проте аналіз тлумачних словників засвідчив, що «сприяти» означає не лише «надавати комусь допомогу», але і «бути причиною, допомагати виникненню, розвитку чого-небудь» [25, с. 1377]. Але якщо «сприяння» розуміється і як причина виникнення явища, то воно є водночас і спонуканням до чогось. Тобто поняття «сприяння» може включати у себе й підбурювання.

Якщо вітчизняний законодавець об’єднає у межах нової кримінально-правової норми фізичне та інтелектуальне посередництво, тобто закріпить кримінальну відповідальність не лише за фізичне посередництво (як це було в ст. 169 КК УРСР 1960 р.), а й відповідальність за інтелектуальне посередництво поряд із фізичним, то йому вдасться охопити всі можливі варіанти кримінально-правової оцінки дій посередника. Адже під час аналізу правової природи посередництва у передачі неправомірної вигоди ми зауважували, що у кримінально-правовій літературі пропонується можливість варіативної оцінки діянь посередника як організатора, підбурювача або пособника у підкупі. І, як доводить практика, посередник часто вчинює діяння, які можна віднести до діяльності кількох із видів співучасників (найчастіше пособник-організатор).

Окрім того, варто погодитися, що, незважаючи на широке різноманіття посередницьких дій в інтелектуальній формі, що практично повністю поглинули злочинну діяльність організатора, підбурювача і пособника підкупу, треба особливо акцентувати на тому, що до інтелектуального посередництва законодавець відносить все ж не будь-яке сприяння особи наданню або одержанню неправомірної вигоди, як вважають деякі вчені [45, с. 5], а тільки такі дії, які полягають в сприянні в досягненні або реалізації угоди між її сторонами [140, с. 54]. М.І. Моісеєнко вважає, що якщо дії особи, яка яким-небудь чином сприяє основним учасникам, безпосередньо не пов’язані з наданням допомоги в досягненні попередньої домовленості між сторонами про одержання і надання неправомірної вигоди або допомоги в реалізації досягнутої домовленості, що відбулася або планується, то такі дії не можуть кваліфікуватися як інтелектуальне посередництво [140, с. 54]. Науковець вважає, що хоч обсяг таких дій не дуже значний, але все таки він існує. Йдеться, наприклад, про такі дії, як схиляння особи до того, щоб одержувати або надавати неправомірну вигоду, коли таке схиляння здійснюється особою поза зв’язком із досягненням конкретної угоди між особою, що збирається надати неправомірну вигоду, та її одержувачем [140, с. 54]. В цьому випадку скоєне, як вважає вчений, можна кваліфікувати як підбурювання до одержання та (або) надання неправомірної вигоди.

Із вказаними міркуваннями навряд чи можна погодитися. Адже якщо особа схиляє когось до надання або одержання неправомірної вигоди загалом, а не з прив’язкою до конкретного випадку, то йдеться про певний «заклик до неправомірної поведінки», який не є конкретизованим. Діяльність підбурювача, навпаки, повинна бути конкретизованою: стосуватися конкретного суб‘єкта, конкретної ситуації. Бесіда на зразок «а давай будемо отримувати неправомірну вигоду, бо так роблять всі» навряд чи може бути кваліфікована як підбурювання до одержання неправомірної вигоди, оскільки не досягла того ступеня конкретизації, щоби вважатися співучастю у вигляді підбурювання.

Д.О. Гарбатович характеризує кримінально-правову норму про посередництво як таку, що є спеціальною щодо норм про відповідальність за надання чи одержання неправомірної вигоди у випадках, коли діяння особи утворюють співучасть в наданні чи одержанні неправомірної вигоди. Керуючись загальними правилами кваліфікації, у випадку конкуренції загальної та спеціальної норм підлягає застосуванню спеціальна норма. Загальна норма, загальний склад злочину, на його думку, застосовуватиметься лише в тих випадках, які спеціальними складами не охоплюються [45, с. 5].

Подібно висловлюється й І. Ткачев, аналізуючи російське законодавство. Він вважає, що якщо одне й те ж діяння одночасно становить і посередництво в хабарництві, і співучасть у даванні чи одержанні неправомірної вигоди, то слід керуватися правилами про конкуренцію кримінально-правових норм. У цьому випадку, його думку, слід говорити про конкуренцію загальної та спеціальної норм, оскільки діяння, перелічені в диспозиції ч. 1 ст. 291-1 КК РФ, становлять собою окремий випадок організаторських, підбурювальних або пособницьких дій. Відповідно, в цій ситуації скоєне повністю охоплюється ст. 291-1 КК РФ і додаткової кваліфікації за ч. 3, 5 ст. 33 – ст. 290 чи 291 КК РФ як за співучасть не потребує [179, с. 67]. Вчений проводить паралель із кваліфікацією тероризму, зауважуючи, що аналогічно кваліфікуються діяння пособника під час здійснення теракту: підлягає застосуванню лише ч.3 ст. 205 КК РФ, додатково кваліфікувати пособницькі дії за ч. 5 ст. 33 – ст. 205 КК РФ не потрібно [179, с. 67].

Інший підхід був закладений у період існування у КК України окремої норми, яка встановлювала кримінальну відповідальність за посередництво у хабарництві (ст. 169 КК України). У чинній у той період часу Постанові Пленуму Верховного Суду України від 07.10.94 р. № 12 «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначалося, що дії особи, яка іншим чином сприяла у вчиненні злочину тому, хто дав чи одержав хабар, або організувала цей злочин, або підмовила до його вчинення і одночасно виконувала посередницькі функції, належало кваліфікувати як співучасть у даванні чи одержанні хабара. Додатково кваліфікувати дії такої особи за статтею 169 КК України («Посередництво в хабарництві») не потрібно.

Разом з тим ми не вдаємося у більш детальний аналіз цієї проблеми. Ми навели означені міркування для того, щоби продемонструвати різні, навіть протилежні, підходи до кримінально-правової оцінки вчиненого у таких ситуаціях.Наголосимо, що у разі доповнення КК України окремою статтею, що передбачала би відповідальність за посередництво, особа, котра визнавалася раніше співучасником, вважатиметься виконавцем, що вчинив діяння, спрямовані на сприяння сторонам підкупу в досягненні або реалізації домовленості між ними про одержання і надання неправомірної вигоди. Проблема із кваліфікацією буде вирішена, оскільки вчинене потребуватиме кваліфікації лише за нормою про «Посередництво у підкупі».

Варто зазначити, що запропонований варіант є не першим випадком, коли фігура пособника перетворюється у виконавця внаслідок доповнення КК України новим складом злочину. Так, наприклад, у зв’язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р., КК України було доповнено низкою нових статей (258-1 – 258-4 КК України) і серед них ст. 258-4 КК України («Сприяння вчиненню терористичного акту»). Таке законодавче «перетворення» пособника у виконавця в науковій літературі сприймається окремими науковцями доволі критично.

Так, наприклад, В.І. Ткаченко вважає, що інститут співучасті має загальний характер, відтак поширюється на всі умисні діяння, передбачені Особливою частиною кримінального закону [181, с. 64]. Це, на думку науковця, призводить до висновку, що норми, які передбачають відповідальність за конкретні злочини, повинні містити конструкції об’єктивної сторони з точним урахуванням функцій, що містяться лише у визначенні поняття виконавця. Тому в нормі Особливої частини кримінального закону діяння виконавця не може бути описане як діяння організатора, підбурювача або пособника. В.І. Ткаченко вважає, що оскільки інститут співучасті має загальний характер, то перетворення організатора, підбурювача або пособника у виконавця злочину руйнує його всезагальний характер. Тому трансформація в окремих кримінально-правових нормах організатора та інших співучасників у виконавця злочину та встановлення самостійних норм за такі дії не узгоджується, на його думку, із загальними принципами кримінального права. Тож основний аргумент вченого - такі перетворення порушують всезагальний характер інституту співучасті [181, с. 64].

Однак, критикуючи таку позицію, Ф.Г. Бурчак вказує, що включення в Особливу частину норм, котрі передбачають відповідальність за злочинну діяльність окремих видів співучасників як за виконавчу діяльність, дає змогу вести кримінально-правову боротьбу з ними більш предметно, більш повно враховувати кримінологічну реальність, відносну розповсюдженість тих чи інших видів злочинної діяльності, більш точно зважувати їх суспільну небезпечність і на цій основі точніше та більш визначено формулювати конкретні склади таких злочинів. Прагнення ж до універсалізації норми Загальної частини про співучасть будуть і надалі породжувати протиріччя в трактуванні окремих положень інституту співучасті, і відтак – дестабілізовуватимуть практику [22, с. 100].

Вважаємо, що існування в Особливій частині норм, які передбачають кримінальну відповідальність пособників, підбурювачів або ж організаторів як самостійні склади злочинів, є виправданою. Підставами для такого твердження є те, що законодавець використовує означений підхід лише у тих випадках, коли діяльність названих співучасників значно більше впливає на діяльність виконавця основного злочину. Адже такі конструкції використані у групі складів злочинів, що стосуються кримінальної відповідальності за тероризм, сепаратизм тощо. Цілком підставно стверджувати, що надзвичайно важливу роль у механізмі корупції виконують саме пособник, підбурювач та організатор злочинних дій з неправомірною вигодою. Тому існування окремого складу злочину, що передбачав чи відповідальність перелічених співучасників як виконавців «Посередництва у підкупі» відповідає принципам криміналізації і є обґрунтованим.

Тепер більш детально проаналізуємо окремі форми інтелектуального посередництва.

Першою з них є сприяння особі, що надає неправомірну вигоду, та (або) особі, котра її одержує, в досягненні домовленості між ними про надання та одержання неправомірної вигоди. Інтелектуальне посередництво в досягненні домовленості між сторонами полягає в сприянні будь-якому з них в переговорах стосовно умов майбутнього акту надання-одержання неправомірної вигоди. М.І. Моісеєнко широко перелічує ті форми, у яких можуть виражатися дії посередника у такому інтелектуальному пособництві. Зокрема, йдеться про:

підшукування для однієї зі сторін хабарництва «контрагента» зі злочинної угоди;

надання особі, що висловлює намір надати неправомірну вигоду, контактних даних службової особи (особи, що надає публічні послуги) – потенційного одержувача і навпаки,зокрема дані іншого посередника, який має вихід на цих осіб;

представництво в переговорах між сторонами угоди;

безпосереднє ведення переговорів;

переконання однієї зі сторін корупційної угоди прийняти її умови, висунуті іншою стороною;

заздалегідь дана обіцянка прийняти на тимчасове зберігання предмет злочину, вчинити дії, спрямовані на приховування вчиненого злочину;

надання сторонам приміщення або засобів зв’язку для ведення переговорів;

забезпечення конспірації переговорного процесу тощо [140, с. 53].

Функція посередника у такому разі полягає в тому, щоби сприяти договірним сторонам під час досягнення домовленості між ними про одержання/надання неправомірної вигоди або допомогти їм досягти домовленості з приводу інших обставин майбутнього акту одержання/надання неправомірної вигоди (місця, часу, способу, обсягу службових дій за надану вигоду тощо), з приводу яких повинна бути досягнута згода.

Таким чином, основною метою (предметом), на що спрямована діяльність посередника в цьому першому виді сприяння, є угода (домовленість, договір) між особою, що має намір надати неправомірну вигоду, та особою, котра її одержує.

З’ясуємо зміст поняття такої угоди (домовленості, договору), яка фактично є кінцевим результатом діяльності інтелектуального посередника у досліджуваному різновиді інтелектуального посередництва загалом. Провівши паралель із цивільно-правовим розумінням договору (ст. 626 ЦК України), корупційну угоду (як юридичну фікцію) можна розглядати як двосторонню домовленість двох або більше сторін (суб’єктів злочину) – особи, що надає, та особи, яка одержує неправомірну вигоду, спрямовану на встановлення, зміну або припинення нелегітимних прав та обов’язків (або прав і обов’язків всупереч установленому законодавством порядку їх одержання).

Договір є двостороннім, оскільки правами та обов’язками наділені обидві сторони: одна зі сторін «зобов’язується» передати неправомірну вигоду (грошові кошти, інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи тощо) і «претендує» на вчинення чи утримання від вчинення одержувачем в його інтересах чи інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади, службового становища чи повноважень. Одержувач, відповідно, «зобов’язується» вчинити або утриматись від вчинення будь-яких дій з використанням наданої йому влади, службового становища чи повноважень в інтересах одержувача чи третьої особи і «претендує» на одержання неправомірної винагороди за це.

В.Г. Шуміхін називає угоду (корупційну угоду) тією конструктивною ознакою, яка пов’язує одержання та надання неправомірної вигоди при всій автономності набору об’єктивних і суб’єктивних ознак складів цих злочинів [208, с. 247-248]. Хоч законодавець прямо не згадує угоду в диспозиціях цих статей, однак наявність цієї ознаки очевидна з контексту об’єктивної сторони аналізованих злочинів.

Дійсно, варто погодитися, що в протилежному випадку спроба передачі службовій особі без її згоди грошей, цінних паперів, іншого майна чи надання їй послуг майнового характеру кваліфікується:

– як замах на надання неправомірної вигоди (якщо така спроба була здійснена з розрахунком на одержання згоди службової особи чи особи, що надає публічні послуги, в момент передання предмета злочину та подальшого сприяння у вирішенні питань у сфері управлінської чи професійної діяльності в інтересах суб’єкта);

– як провокація підкупу [208, с. 247 – 248].

У диспозиції ст. 291.1 КК РФ «Посередництво в хабарництві» ця ознака прямо вказана законодавцем під час регламентації однієї з форм посередництва: «сприяння хабародавцеві та (або) хабароодержувачеві в досягненні або реалізації домовленості між ними». Реалізувати свій умисел і вчинити одержання та, відповідно, надання неправомірної вигоди сторони злочинів можуть тільки за наявності домовленості між ними. Ця угода може виражатися в будь-якій формі: усній, письмовій і конклюдентній. На практиці трапляються випадки укладення угоди без попередніх контактів у конклюдентній формі (зокрема через мовчазну згоду). У складі посередництва виконавець може як безпосередньо виконувати (реалізовувати) досягнуту угоду між її сторонами (при фізичному посередництві), так і іншим чином сприяти її досягненню або реалізації [208, с. 247 – 248].

Для того, щоби можна було говорити про наявність досягнутої домовленості, не має значення, чи обумовлені сторонами конкретні умови злочинних дій (місце і час, спосіб передання предмета злочину і т.д.). Угоду можна вважати досягнутою навіть у тих випадках, коли ці обставини детально не обговорювалися. Також неважливо, сприяв посередник домовленості сторін в умовах т.зв. «неправомірної вигоди – підкупу» (коли поведінка суб’єкта злочину по службі обумовлена незаконною матеріальною винагородою) або в умовах «неправомірної вигоди – подяки» (коли службова поведінка службової особи з самого початку не обумовлювалася незаконною матеріальною винагородою, яка була йому передана як подяка).

Таким чином, достатньою ознакою того, що угода між особою, що надає неправомірну вигоду, та особою, котра її одержує, відбулася, є досягнення між суб’єктами принципової домовленості про передачу одному з них неправомірної вигоди за його дії (бездіяльність) по службі.

Другий різновид інтелектуального посередництва – це інтелектуальне посередництво, що виражається в сприянні реалізації домовленості між особою, що надає неправомірну вигоду, і її одержувачем. Воно полягає в сприянні будь-якій зі сторін у виконанні взятих на себе за корупційною угодою зобов’язань щодо одержання/надання неправомірної вигоди і, відповідно, в реальному здійсненні досягнутої угоди між сторонами. Способи інтелектуального посередництва у такому разі можуть бути також дуже різноманітними:

надання приміщення або транспортного засобу для передачі предмета злочину;

забезпечення особистої зустрічі сторін корупційної угоди;

розробка схеми процесу переходу неправомірної вигоди;

забезпечення конспірації акту передачі неправомірної вигоди;

забезпечення безпеки одержання/надання неправомірної вигоди (охорона місця передачі предмета);

зміцнення рішучості одного з учасників злочинів на одержання (надання) неправомірної вигоди;

дарування цінностей або надання грошової позики особі, що виражає намір надати неправомірну вигоду;

зменшення орендних платежів, відсоткових ставок за користування банківським кредитом;

відкриття банківського рахунку на ім’я одержувача неправомірної вигоди тощо [140, с. 53 – 54].

Основне завдання інтелектуального посередника полягає в тому, щоб пришвидшити, убезпечити, полегшити або іншим чином забезпечити безперешкодність процесу надання та одержання неправомірної вигоди.

Як бачимо з переліку можливих способів інтелектуального посередництва за успішної реалізації домовленості (реалізація може бути і без участі цього посередника) роль посередника є дуже схожою за ознаками з функціями організатора (в деяких випадках – підбурювача чи пособника). Тому виділення окремої норми в КК України про кримінальну відповідальність посередника дасть змогу врахувати всі можливі варіанти та поєднання різних ролей в одній особі.

Аналізуючи останні два різновиди посередництва у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди (йдеться про різновиди інтелектуального посередництва), деякі вчені зауважують, що описані форми злочинної поведінки посередника є віддаленими в часі від події одержання/надання неправомірної вигоди, вони передують їй. Фактично ці діяння посередника у підкупі ставновлять підготовчу діяльність. Такий підхід законодавця, на думку деяких вчених є запозиченням техніки криміналізації, яка застосовується у США і в низці європейських держав [58, с. 37].

Однак, на нашу думку, ця теза потребує певного уточнення. Справді, таке твердження справедливе стосовно першого підвиду інтелектуального пособництва, адже період злочинної діяльності такого інтелектуального посередника обмежений стадією готування до надання та одержання неправомірної вигоди основних його учасників, коли останні ще тільки перебувають в процесі пошуку консенсусу стосовно основних умов майбутнього акту передання неправомірної вигоди. Але період злочинної діяльності інтелектуального посередника (зокрема у випадку сприяння реалізації домовленості) може охоплювати як стадію готування (якщо посередник яким-небудь чином тільки створює сприятливі умови для майбутньої реалізації угоди між її сторонами), так і стадію замаху на одержання чи надання неправомірної вигоди (якщо посередник сприяє процесу передачі неправомірної вигоди, що вже розпочався).

Мабуть, не має значення для кваліфікації і та обставина, чи сприяв посередник виконавцям основних злочинів в умовах досягнутої між ними угоди (перед початком її реалізації або в процесі її реалізації), або коли переговорний процес досягнення угоди між ними хоча і розпочатий, але ще незавершений, або цей процес ще й не розпочинався. В останньому випадку, з точки зору М.І. Моісеєнка, дії особи навряд чи можна назвати посередницькими в буквальному значенні слова, бо пошук домовленості між головними фігурантами хабарництва ще не розпочався, а особи імовірних учасників можуть бути поки що взагалі невідомі [140, с. 54].

Зазначимо, що в радянській кримінально-правовій літературі підхід до розуміння моменту початку діяльності посередника був дещо іншим. Зокрема, А. Васецов вказував, що посередник розпочинає діяти, коли всі деталі злочинної домовленості між сторонами вже узгоджено і він на них не впливає. Роль посередника зводилася до допомоги вказаним сторонам злочинної домовленості реалізувати наявний у них умисел на вчинення злочину. Ця обставина, зазначав дослідник, і відрізняє посередника від організатора і підбурювача у хабарництві [24, с. 13].

А. Васецов аргументував, що, на відміну від посередника, який виконує дії технічного характеру, організатор давання чи одержання хабара встановлює контакт між хабародавцем чи хабароодержувачем, бере участь у виробленні домовленості між ними, зокрема, про характер дій хабароодержувача і строки їх вчинення, розмір хабара і умови його передання, гарантії виконання хабароодержувачем дій, обумовлених хабарем після передачі йому хабара чи навпаки, про гарантії, що забезпечують передання хабара хабародавцем, якщо хабароодержувач повинен виконати певні дії до передання йому хабара [24, с. 13].

Тим не менш, станом на сьогодні з урахуванням того, що обсяг посередницьких дій значно розширився, зокрема і в часовому проміжку, впродовж якого триває процес передачі неправомірної вигоди, такий завужений підхід до розуміння посередництва у підкупі втратив свою актуальність. Редакція диспозиції статті, яка передбачатиме кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, не виключає визнання інтелектуальним посередником особи, яка сприяє особі, котра має намір надати неправомірну вигоду або її одержувачеві в реалізації поки що відсутньої між ними угоди і яка діє заздалегідь, так би мовити, «про запас».

Окремо треба вивчити питання про можливість існування посередництва у обіцянці, пропозиції неправомірної вигоди, та, відповідно, посередництва у прийнятті таких обіцянки або ж пропозиції. Водночас варто одразу ж зауважити, що дискусійним є питання про доцільність криміналізації обіцянки та пропозиції посередництва.

Очевидно, що ключовим у з’ясуванні першого питання є висловлення міркувань щодо під ставності окремої криміналізації обіцянки і пропозиції та їх прийняття загалом. Адже відповідь на це питання визначатиме і позицію щодо можливості існування посередництва в означених діях.

Після проведеної у декілька етапів (у 2009, 2011, 2013, 2014-му роках) реформи антикорупційного законодавства України, система складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, зазнала змін не лише щодо розширення та диференціації відповідальності суб’єкта цих злочинів, родового об’єкта й уніфікації предмета відповідних посягань. Розділ XVII Особливої частини КК України було доповнено новими нормами, в яких криміналізовано такі діяння, як пропозиція, обіцянка неправомірної вигоди, та відповідно, їх прийняття, зловживання впливом та незаконне збагачення. Для порівняння слід зазначити, що російський законодавець у цьому питанні пішов ще далі, встановивши кримінальну відповідальність за обіцянку або пропозицію посередництва в хабарництві в ч. 5 ст. 291.1 КК РФ.

Зауважимо, що окрема вказівка на такі альтернативні діяння, як обіцянка, пропозиція неправомірної вигоди та їх прийняття у відповідних статтях КК України, зумовлена необхідністю приведення кримінального закону у відповідність із низкою ратифікованих міжнародних конвенцій про боротьбу з корупцією. Не будемо повторно розглядати положення міжнародних актів і відповідність їм норм чинного КК України.

Водночас на одній із новел, яка має безпосереднє відношення до конструювання норми про посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, що є предметом дисертаційної роботи, слід зупинитися більш детально. Ця новела полягає у криміналізації пропозиції (ч. 1 ст. 368-3; ч. 1 ст. 368-4; ч. 1 ст. 369; ч. 1 ст. 369-2 КК України), обіцянки (ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-2 КК України), а також прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК України). Однією із основних причин криміналізації зазначених діянь українським законодавцем стали вимоги міжнародних нормативно-правових актів, які рекомендували Україні криміналізувати пропозицію неправомірної вигоди (зокрема, ст. 15, 16, 21 Конвенції ООН проти корупції і ст. 2, 7 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією).

Під час здійснення дослідження ми постійно зазначали про посередництво у наданні або ж посередництво в одержанні неправомірної вигоди. Крім того, у підрозділі 1.2 наукової роботи ми уточнили, що розуміємо, що діяння щодо одержання та (або) надання неправомірної вигоди не перелічують всіх можливих діянь із неправомірною вигодою, однак вказують (і дають змогу позначати) обидві сторони корупційної угоди. Попри це, варто більш детально вивчити інші діяння, які передбачив законодавець у КК України. Йдеться про пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди та прийняття такої пропозиції чи обіцянки. Тому треба з‘ясувати чи можна вести мову про посередництво у пропонуванні чи обіцянні неправомірної вигоди.

Шквал наукових дискусій зумовила криміналізація законодавцем діянь із пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди і, відповідно, їх прийняття. Серед аргументів «проти» встановлення кримінальної відповідальності за пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди в теорії кримінального права виділяють такі:

– формування або виявлення наміру вчинити злочин – а саме так і пропонують в окремих випадках розглядати лише пропозицію чи обіцянку вчинення певного діяння (неправомірної вигоди чи посередницьких послуг) – не є самостійною стадією злочину, яка має кримінально-правове значення [21, с. 235];

– пропозиція (як і обіцянка) не є діянням у розумінні ч. 1 ст. 11 КК України [21, с. 235];

– ця поведінка не досягає такого ступеня суспільної небезпечності, що давало би підстави для перенесення моменту закінчення злочинів, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди, на більш ранню стадію та формування законодавчої конструкції усіченого складу злочину (Т. Безпалий) [16];

– у теорії кримінального права існують загальноприйняті класичні догмати, відповідно до яких наявні певні стадії, розпочинаючи з виявлення умислу й завершуючи закінченим злочином; кримінальне право не передбачає караності за ідеї, а передбачає караність суспільно небезпечних діянь, а тому виявлення умислу не містить суспільно небезпечних діянь і не може тягти кримінальної відповідальності (В.А. Мисливий) [132];

– між помислами людини та її реальними діями часто наявна величезна прірва, тому невідомо, чи зважиться людина на виконання певних злочинних дій, чи ні. Навіть обіцянку вчинити будь-що у звичайній ситуації важко розцінювати як закінчену дію доти, доки її не буде виконано й не буде отримано наочний результат її виконання (Л.О. Ужва) [192];

– можна говорити про небезпечний прецедент установлення кримінальної відповідальності за виявлення наміру; хоча у вітчизняного законодавця були свої резони для прирівнювання пропозиції хабара до кримінально караних погроз і закликів (О.О. Дудоров) [107, с. 429 – 430].

До уваги вченими беруться також кримінально-процесуальний та криміналістичний аспекти розслідування, виявлення та труднощі в доказуванні події злочину та умислу на його вчинення. Так, В.А. Мисливий зауважує, що багаторічна практика боротьби з хабарництвом засвідчує, що його викриття має особливості, пов’язані виключно з труднощами доведення об’єктивної сторони давання хабара, адже ці діяння вчинюються в умовах максимального приховування від сторонніх осіб, дотримання певної конспірації та взаємної зацікавленості хабарників. Як наслідок, вчений робить висновок про те, що практично у всіх випадках реалізація оперативно-розшукових заходів і затримання суб’єктів хабарництва відбувається саме під час дій, пов’язаних із моментом давання та одержання хабара, тобто безпосереднього виконання дій, що утворюють об’єктивну сторону складів цих злочинів [132]. На процесуальні й криміналістичні труднощі у встановленні фактів пропозиції та обіцянки звертають увагу і інші дослідники [107, с. 430].

Вчені, критикуючи законодавчі новели щодо криміналізації обіцянки, пропозиції неправомірної вигоди і їх прийняття, наводять і ненаукові аргументи. Вони апелюють до сприйняття відповідних новел суспільством. Так, Л.О. Ужва стверджує, що не лише українська юридична спільнота, але й українське суспільство в цілому наразі не готове сприймати і усвідомити ці нові положення [192]. Більшість населення сприймає невеликі суми хабарів, як швидкий спосіб вирішення власних питань в державних органах влади і сприймає цей «спосіб» позитивно [93].

Л.О. Ужва досить наочно перелічує причини несприйняття суспільством криміналізації таких діянь, як пропозиція або ж обіцянка неправомірної вигоди [192]. Зокрема, вона зауважує, що складність сприйняття аналізованих законодавчих новел національною юридичною спільнотою пояснюється й тим, що покоління українських юристів виховувались на традиціях радянської школи, яка, своєю чергою, є результатом еволюції російської школи кримінального права. Отже, така кардинальна зміна поглядів руйнує систему поглядів, яка формувалась роками. Дослідниця наголошує, що законодавчі новели ускладнюють відмінності між злочинними й незлочинними діяннями й породжують низку дискусійних питань, на які у сучасних науковців не сформулювалась однозначна думка [192].

Мабуть, варто погодиться із тим, що вплив радянської доктрини кримінального права справді ускладнює «легке» сприйняття законодавчих новел. Однак динамічний рух України у проєвропейському напрямку, необхідність вжиття радикальних заходів по боротьбі з корупцією є певними каталізаторами, які змушують науковців переосмислювати усталені розуміння і підходи.

Наголосимо, що кожний законодавчий крок має бути мотивованим і не повинен суперечити постулатам теорії кримінального права. Якщо виникатиме певна суперечність і не буде вжито кроків з її усунення, можливість ефективної кримінально-правової боротьби із певними злочинними проявами і можливість застосування КК України може бути заблокована.

Тому необхідно з’ясувати, чи за своєю природою діяння, які полягають в обіцянці та пропозиції неправомірної вигоди, в їх прийнятті можуть бути визнані закінченими злочинами. Правильно з цього приводу зауважує В. Тютюгін, вказуючи, що діяння, яке за раніше чинним законом вважалося незакінченим злочином – готуванням до давання хабара, відтепер визнається закінченим злочином [185, с. 6 – 7].

Кримінально-правова оцінка пропозиції хабара як фактичного готування до давання хабара є логічною і відповідає розумінню поняття готування, яке визначене в ч. 1 ст. 14 КК України. В.М. Бурдін стверджує, що основною рисою підготовчих діянь є створення умов для безпосереднього вчинення закінченого злочину. Під час готування до вчинення злочину особа діє абсолютно свідомо і створює умови для вчинення злочину, а суб’єкт не намагається обмежуватися тільки підготовчими діяннями, він налаштований на завершення злочину, тобто реалізацію свого злочинного наміру до кінця; підготовчі діяння є тим своєрідним знаряддям, яке лише сприяє вчиненню злочину [21, с. 246].

Дуже важливо, утримуючись від політичних або ідеологічних оцінок нововведення, досліджувати виключно теоретико-прикладні аспекти розглядуваного питання. Тому більш детально вивчимо перелічені нами аргументи щодо недоцільності криміналізації пропозиції (обіцянки) загалом. Спершу проаналізуємо наукові позиції і висловимо власні міркування щодо питання, чи можна вважати пропозицію та обіцянку певною стадією вчинення злочину, чи вони є лише виявленням наміру.

Тому законодавець визнав ті етапи вчинення злочину, які раніше вважалися стадією готування до вчинення злочину, закінченими діяннями. Попри те, досі дискусійним є чітке визначення критеріїв, відповідно до яких законодавець обирає ті склади злочинів, які варто вважати закінченими вже на стадії готування чи замаху. Адже у кримінальному законі наявна значна кількість інших складів тяжких та особливо тяжких злочинів, які посягають на не менш важливі суспільні відносини, що перебувають під кримінально-правовою охороною (зокрема, злочини проти життя та здоров’я людини, проти статевої свободи та недоторканості, проти миру, безпеки людства та охорони міжнародного правопорядку тощо).

Розвиваючи цю тезу, дослідники висловлюють такий ланцюг міркувань:

Конституція України проголошує, що «людина, її життя та здоров’я, честь і гідність є найвищою цінністю»;

розділи КК, які передбачають відповідальність за злочини проти особи, розташовані на початку Особливої частини КК, що підтверджує їх найвищий ступінь суспільної небезпеки;

отож, згідно з чинним кримінальним законом, сьогодні можна відкрито і безкарно запропонувати та пообіцяти пограбувати, зґвалтувати, побити, але не можна пообіцяти чи запропонувати передати неправомірну вигоду [199].

Якщо провести паралель з іншими, більш небезпечними злочинами, то варто погодитися з Е. Криловим про те, що якщо вважати дії законодавця щодо криміналізації обіцянки і пропозиції правильними, то у такому разі слід було би передбачити кримінальну відповідальність, для прикладу, за обіцянку або пропозицію вчинити вбивство кого-небудь (тобто за пропозицію вчинення більш небезпечного злочину) [113, с. 7].

У будь-якому разі, як слушно зазначало Головне науково-експертне управління у своєму висновку на проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», обіцянка чи пропозиція неправомірної вигоди самі собою не досягають того рівня суспільної небезпечності, щоб визнаватись закінченим злочином на більш ранньому етапі розвитку злочину [40].

Щодо наукових позицій про те, що пропозиція (як і обіцянка) не є діянням у розумінні ч. 1 ст. 11 КК України, то варто покликатися на позицію В.М. Бурдіна, висловлену ним у ході детального дослідження «пропозиції хабара», з огляду на вчення про стадії вчинення злочину. Так, розуміння поняття «дія» дозволяє, на думку В.М. Бурдіна, стверджувати, що пропозицію неправомірної вигоди можна розглядати як дію у кримінально-правовому розумінні цього терміна, незалежно від того, чи була вона виражена у вербальній чи конклюдентній формі [21, с. 243]. Вчений зазначає, що пропозиція – це не просто, так би мовити, «думки вголос» без конкретного адресата, а адресована до конкретної особи чи групи осіб інформація, яка спонукає до певної поведінки, бажаної для особи, яка робить таку пропозицію.

Видається, що і пропозиція, і обіцянка неправомірної вигоди, так само як прийняття пропозиції (обіцянки) є діями, оскільки об‘єктивуються у матеріальному світі. Водночас, визнання їх діями не означає автоматичного визнання доцільності віднесення обіцянки, пропозиції неправомірної вигоди і їх прийняття до закінчених злочинів. Наші сумніви у доцільності такого законодавчого кроку зумовлені не впливом доктрини радянського права і усталеністю підходу. Річ у тому, що ми визнаємо такі діяння злочинними, однак вважаємо, що достатньою є їхня кримінально-правова оцінка як готування до вчинення відповідного злочину.

Крім того, не будемо більш детально вивчати означене питання, оскільки змушені констатувати, що станом на сьогодні пропозиція, обіцянка, прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди є закінченими складами злочинів. Саме таку позицію обстоює вітчизняний законодавець і її обираємо основою для подальшого дослідження.

Водночас зауважимо, що якщо дії осіб, які пообіцяли – прийняли обіцянку, запропонували – прийняли пропозицію, визнаються закінченими злочинами, то виникає запитання, чи можна вважати злочином посередництво у них. Якби законодавець не визнавав такі дії закінченими посяганнями, ми б просто констатували, що якщо особа намагатиметься налагодити контакт між сторонами корупційної угоди, то у разі успішності такої її діяльності - необхідно кваліфікувати такі діяння як готування до вчинення «Посередництва у підкупі». Однак, дотримуючись іншої позиції щодо визначення моменту закінчення означених дій, яку зайняв вітчизняний законодавець, варто обумовити таке.

На практиці часто трапляються випадки, коли посередник намагається встановити зв'язок із певною службовою особою і просить її вчинити дії в інтересах певного «замовника», паралельно обіцяючи за успішний результат певну неправомірну вигоду. Насправді таких випадків дійсно дуже багато. Якщо ж визнаємо кримінально-караними діяння сторін корупційної угоди щодо обіцянки і її прийняття закінченими злочинами, то логічним буде і визнання закінченим злочином посередництва у таких діях. Суспільна небезпека посередництва у обіцянці та пропозиції чи їх прийнятті є не меншою, ніж суспільна небезпека самого обіцяння чи прийняття обіцянки, оскільки без такого посередництва могло б не відбутися і продовження корупційної угоди. Тобто донесення до адресата обіцянки від замовника, прийняття такої обіцянки і подальша реалізація таких дій, що може проявитися у безпосередньому наданні та одержанні неправомірної вигоди, могли б не відбутися взагалі. Якщо законодавець вирішив «присікти» всі корупційні прояви з часу початку їхньої появи, то аналогічно слід вчинити із діями посередників, роль яких у механізмі корупції є надзвичайно високою.

До сир пір ми зазначали про посередництво в обіцянні чи пропонуванні неправомірної вигоди. Однак такі дії не можна плутати із обіцянням чи пропонуванням посередництва. Тому у межах дослідження необхідно вивчити і це важливе питання – доцільність криміналізації обіцянки та пропозиції посередництва. Найперше необхідно проаналізувати об’єктивну сторону діянь обіцянки та пропозиції посередництва у підкупі.

Досліджуючи етимологічне значення слова «пропозиція», В.А. Мисливий вказує, що під пропозицією розуміють висловлення думки щодо чогось можливого, винесення на обговорення питання, щодо якого домовляються, або надання можливості певного вибору, винесення на обговорення або розгляд [132]. На підтвердження своєї позиції науковець вказує на те, що в енциклопедичних виданнях цей термін у широкому значенні визначається як будь-яке висловлювання, що є повідомленням про щось і спрямована на слухове та візуальне сприйняття [132].

З об’єктивної сторони пропозиція (в контексті посередництва) полягає у виявленні ініціативи особи стати посередником в одержанні та (або) наданні неправомірної вигоди. Це – висловлене словесно або в іншій формі рішення особи вчинити дії, що становлять об’єктивну сторону злочину «Посередництво у підкупі». Обіцянка означає надання згоди особі, що надає неправомірну вигоду, особі, котра її одержує, або іншій особі, що діє в інтересах названих осіб, на вчинення дій, що становлять об’єктивну сторону складу злочину. Як бачимо, у разі криміналізації встановлюється відповідальність за дві форми протиправної поведінки, відмінність між якими залежить від того, хто з осіб виступає ініціатором здійснення посередницьких дій. Якщо ініціатива надходить від самого посередника, має місце пропозиція посередництва, якщо від потенційного «одержувача або передавальника» неправомірної вигоди – обіцянка посередництва*.*

На думку В.М. Боркова, обіцянка та пропозиція посередництва є різновидом сприяння хабародавцеві або хабароодержувачеві [17, с. 12]. П.C. Яні уточнює, що це може розглядатися як окремий випадок сприяння вказаним особам в досягненні й реалізації домовленості між ними про одержання і надання неправомірної вигоди, але не сприяння у формі безпосередньої її передачі за дорученням виконавців основних злочинів. Науковець зазначає, що обіцянка і пропозиція посередництва мають бути доволі конкретні, прямо або опосередковано спрямовані до конкретної особи. В іншому разі їх не можна буде розмежувати з висловленим у присутності інших осіб наміром, що не є кримінально караним [212, с. 17].

За доведеності відповідної мети особа після повідомлення про свій намір уже не може виконати умови добровільної відмови. На відміну від кримінально караної пропозиції (як і обіцянки), оферент у цивільному праві під час укладення договору може відкликати пропозицію укласти договір до моменту або в момент її одержання адресатом. Це ж стосується й акцептанта, який, згідно з ч. 3 ст. 642 ЦК України, може відкликати свою відповідь про прийняття пропозиції, повідомивши про це оферента до моменту (або в момент) одержання ним відповіді про прийняття пропозиції.

Якщо ж визнати злочинними обіцянку і пропозицію посередництва у підкупі, то злочин потрібно буде вважати закінченим як у разі, коли дії (бездіяльність), які особа обіцяла або запропонувала вчинити як посередництво, не були вчинені з незалежних від неї обставин, так і у разі, коли особа не вчинила конкретних дій (бездіяльності), що входять до посередництва, добровільно і остаточно відмовившись від реалізації названої мети.

Поява в КК РФ новели щодо кримінальної караності «обіцянки і пропозиції посередництва» в російській юридичній літературі обумовила чимало обговорень і неоднозначних оцінок представників наукових кіл. Низка вчених підтримують таку позицію і вважають, що прийняте російським законодавцем рішення було законним і обґрунтованим. Зокрема, Т.І. Розовська і Д.В. Пешков аргументують, що законодавець не мав метою заплутати практику і ускладнити порядок застосування кримінального законодавства про хабарництво [159]. Аргументами на підтвердження своєї позиції вони називають те, що законодавець намагається протистояти корупції в усіх її проявах; підвищеної суспільної небезпеки набуває факт використання обіцянки або пропозиції посередництва в хабарництві. Поведінка такої особи спонукає до здійснення корупційної угоди конкретними особами. Окрім цього, діючи в інтересах особи, що надає неправомірну вигоду, особа, котра обіцяла або запропонувала передати предмет злочину службовій особі, компрометує таким чином відповідний орган державної влади, державну службу або орган місцевого самоврядування [159].

Більшість вчених і юристів-практиків висловлюють все ж нерозуміння з приводу можливості притягнення до відповідальності за саму собою обіцянку або пропозицію посередництва в підкупі. Ті, хто проти такого нововведення, називають його лиш черговою імітацією бурхливої діяльності представників законодавчої влади, що не спричиняє насправді жодних змін, натомість лише створює додаткові проблеми кваліфікації. Деякі фахівці також роблять висновки про те, що введення даної статті в КК РФ має швидше політичне, ніж кримінально-правове обґрунтування [75]. Так, Д.Г. Калатозі зазначає, що відсутність останнім часом наукового обґрунтування законодавчих ініціатив і ігнорування позицій наукового співтовариства призводить до явних і системних збоїв законодавчої техніки, що зумовлює певні труднощі в практиці правозастосування [75].

На перший погляд, суспільна небезпека обіцянки посередництва в хабарництві виражається в тому, що під час надання такої обіцянки в іншої особи, що запропонувала вчинити посередницькі дії, зміцнюється антисуспільна установка. Але ж якщо один суб’єкт не дасть такої обіцянки за надходження пропозиції від іншого суб’єкта, то імовірно, що останній надалі шукатиме посередників для передачі неправомірної вигоди. Установка на вчинення злочину в такої особи все одно зберігається.

Н.А. Єгорова та А.С. Ікряннікова, коментуючи норму КК РФ про посередництво в хабарництві, зазначають, що при обіцянці посередництва особа підлягає відповідальності не за діяння, а тільки за думки, висловлені вголос, намір у подальшому вчинити протиправні дії щодо надання посередницьких «послуг». Автори вкотре наголошують на тому, що аксіоматичним є те, що криміналізації підлягають тільки суспільно небезпечні діяння, а розуміння злочину як діяння треба строго наслідувати [60, с. 71].

Н.А. Єгорова та А.С. Ікряннікова пропонують таку кримінально-правову оцінку відповідних діянь:

обіцянку посередництва слід розцінювати як виявлення наміру;

пропозицію посередництва вони вважають спеціальним випадком підбурювання або пособництва, вдалого або невдалого [60, с. 71].

Тобто обіцянку, з точки зору цих науковців, не можна розглядати як діяння. Що ж до пропозиції посередництва в хабарництві, то такі дії повинні розглядатися у межах інституту співучасті у вчиненні злочину. Тому дослідники частково допускають можливість визнання пропозиції як діяння та встановлення кримінальної відповідальності за неї.

Ми аналізували можливість визнання обіцянки вчинення певних дій діянням. Зроблений нами висновок щодо обіцянки і пропозиції неправомірної вигоди можна застосувати і стосовно проблеми обіцянки чи пропозиції посередництва. Як обіцянка, так і пропозиція є діяннями. Вони виходять за межі «голого умислу».

Якщо обрати позицію про доцільність визнання закінченим злочином пропозиції і обіцянки посередництва у підкупі, тоді слід констатувати і таке:

за змістом діянь обіцянка чи пропозиція посередництва становить формальний склад злочину;

відповідальність настає за факт обіцянки або пропозиції посередницьких дій. Тобто в момент, коли потенційний посередник в словесній або іншій формах висловив намір (при пропозиції) або дав згоду (при обіцянці) вчинити дії, що становлять об’єктивну сторону злочину посередництва в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди, злочин вважається закінченим;

момент закінчення злочину залежить від моменту здійснення особою з вказаною метою дій (бездіяльності), спрямованих на доведення до відома особи, що має намір надати неправомірну вигоду, та (або) її одержувача інформації про свій намір стати посередником у процесі передачі предмета злочину. Він також не залежить і від того, чи збирається той, хто пообіцяв або запропонував, справді передавати неправомірну вигоду, чи має таку можливість, тобто, не передбачає настання будь-яких наслідків як обов’язкової умови кримінальної відповідальності.

Та навряд чи є достатні підстави для визнання обіцянки і пропозиції посередництва і підкупі закінченим злочином. Спробуємо аргументувати висловлену нами тезу. На етапі обіцянки чи пропозиції посередництва у підкупі розпочинається не процес передачі предмета злочину як початок виконання його об’єктивної сторони, а лишень розпочинається процес налагодження зв’язку з майбутнім одержувачем неправомірної вигоди. А якщо точніше, то здійснюється спроба встановити цей зв’язок, укласти домовленість, незалежно від результативності такої спроби і того, чи погоджується на це інша сторона.

Питання, наскільки законодавчий підхід до визнання таких дій закінченим злочином є виправданим з урахуванням суспільної небезпеки відповідної поведінки, неможливості об’єктивно визначити та підтвердити те, чи мала особа намір справді продовжувати реалізовувати свій умисел на подальше надання посередницьких послуг, невирішене. На нашу думку, пропонування або обіцяння неправомірної вигоди не досягли такого ступеня суспільної небезпеки, щоби визнаватися закінченими діяннями. За наявності необхідних ознак вони можуть бути кваліфіковані як готування до вчинення «Посередництва у підкупі».

Заради повноти дослідження зауважимо, що деякі науковці вважають, що немає підстав кваліфікувати пропозицію або обіцянку у посередництві як готування до вчинення відповідного злочину. Вивчаючи юридичну природу вказаного діяння, науковці вважають недостатньо обґрунтованими наукові позиції дослідників, які схильні розглядати обіцянку чи пропозицію посередництва в хабарництві як готування до посередництва [17, с. 10; 77, с. 22]. Аналізовані діяння, на їхню думку, не є жодною із можливих підготовчих дій.

Свою позицію дослідники обґрунтовують таким чином. У разі виділення окремої норми, яка би встановлювала кримінальну відповідальність за посередництво в підкупі, самі собою посередницькі дії не можна буде вже розглядати як співучасть в наданні або одержанні неправомірної вигоди. З цього випливає, що дії особи, котра обіцяє або пропонує таке посередництво, не є підшукуванням співучасників чи досягненням змови на вчинення злочину. Відповідно залишається розцінювати такі діяння лише як «інше умисне створення умов для вчинення злочину [17, с. 10; 77, с. 22].

Проте саме собою висловлення наміру виступити посередником в підкупі жодних умов для подальшого здійснення обіцяних або запропонованих дій не створює і подальше здійснення посередницьких дій не полегшує, адже посередник такою обіцянкою або пропозицією зі сторонами корупційної угоди не пов’язаний. Така пропозиція (обіцянка) висловлюється, як правило, в усній формі. Жодних гарантій щодо виконання взятих на себе «зобов’язань» особа, що запропонувала чи пообіцяла надати посередницькі послуги, дати не може.

Натомість із чого можна зробити висновок про те, на що налаштована особа, котра висловлює пропозицію? Як правозастосувачу з’ясувати та довести, що в такої особи справді є установка на створення умов для вчинення злочину і вона не збирається обмежуватися тільки підготовчими діяннями, а налаштована на завершення злочину, тобто реалізацію свого злочинного наміру до кінця? Жодних умов, які б слугували підставами вважати, що внаслідок такої пропозиції корупційна угода відбулася чи могла би бути реалізована безпосередня передача неправомірної вигоди,немає.

І. Ткачев також робить висновок про те, що обіцянку або пропозицію посередництва у підкупі не можна визнати готуванням [179]. Однак вважаємо такі наукові позиції неправильними. Адже, пропонуючи або обіцяючи посередництво у підкупі, автоматично порушується питання про вчинення основних складів злочинів кимось із сторін корупційної угоди. Тобто у разі успішності таких «переговорів» щодо подальшого посередництва у підкупі наявна змова на вчинення ще й іншого злочину (наприклад, готування до надання неправомірної вигоди).

Отже, щодо діянь, які полягають у обіцянні або пропонуванні посередництва у підкупі, можемо підсумувати таке: такі діяння не можуть бути визнані закінченими посяганнями через недостатньо високий ступінь суспільної небезпеки; однак вони є самостійною стадією вчинення злочину, і, за наявності всіх необхідних умов, можуть бути кваліфіковані як готування до «Посередництва у підкупі».

Насамкінець залишається ще один аргумент проти передбачення серед альтернативних діянь у складі «Посередництва у підкупі» обіцянки та пропозиції посередництва у підкупі. Йдеться про складність виявлення та доказування події вчинення вказаних дій. Незважаючи на те, що йдеться про криміналістичну характеристику методів доказування у цій категорії справ, а не кримінально-правову, все ж таки вважаємо, що побіжно на цей аргумент варто звернути увагу, оскільки кримінально-правова заборона певного діяння встановлюється за наявності підстав і з дотриманням принципів криміналізації.

На один із таких системно-правових принципів криміналізації діянь вказує Л.П. Брич. Цей принцип полягає в тому, що наявність у реально вчиненому діянні пропонованого до криміналізації складу злочину можливо буде доказати в кримінальному провадженні. Вчена зауважує, що загальновідомим є те, що надання та одержання неправомірної вигоди, крім того, що є високо латентними злочинами, ще й є надзвичайно складними для доказування. Крім того, це стосується діянь, що виражаються в пропозиції[18, с. 31].

Ці ж аргументи можна використати щодо аналізу принципів криміналізації обіцянки або пропозиції посередництва у підкупі.

Таким чином, суспільно небезпечне діяння у складі посередництва у підкупі дозволяє виділити два види посередницьких дій. Фізичне посередництво полягає у посередництві в обіцянні, пропонуванні, наданні або одержанні неправомірної вигоди, а інтелектуальне посередництво –у будь-якій іншій діяльності, що сприяє у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Інтелектуальне посередництво ми визначили шляхом вказівки на загальні ознаки. Причиною такого визначення інтелектуального посередництва є те, що чітко назвати форми інтелектуального посередництва неможливо. Однак, варто пам‘ятати, що діяльність інтелектуального посередника може полягати як у пособницькій діяльності (будь-яке інше сприяння, окрім фізичного посередництва), так і у підбурювальних чи організаторських діях (планування схеми передачі неправомірної вигоди тощо).

Об’єктивну сторону посередництва у підкупі у диспозиції нової статті можна сформулювати так: «посередництво у підкупі, тобто у пропонуванні, обіцянні, переданні та одержанні неправомірної вигоди». Терміном «пропонування» охопляться два взаємокореспондуючі діяння щодо пропозиції і прийняття пропозиції, а терміном «обіцяння» – відповідно, обіцянка й прийняття обіцянки неправомірної вигоди.

Водночас зауважимо, що ми вже коротко аналізували і обґрунтували доцільність оперування терміном «підкуп», який по суті може охопити всі діяння із неправомірною вигодою. Фактично цей термін може стати «наступником» збірного терміна «хабарництво».

Однак у кримінально-правовій літературі інколи наводяться обов’язкові ознаки підкупу, які такими (обов’язковими) фактично не є. Так, В.П. Кушпіт зауважує, що, з об’єктивного боку, обов’язковою ознакою підкупу є не лише пропозиція, надання чи одержання неправомірної вигоди, але й виконання у зв’язку з цим особою, яка надає публічні послуги, спеціальної умови, що полягає у дії або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи [117, c. 205].

Таке твердження не відповідає загальновизнаним положенням науки кримінального права з таких міркувань:

загальновідомо, що вчинення або невчинення дій особою, яка отримує неправомірну вигоду, перебуває за межами об’єктивної сторони цього складу злочину;

адресат неправомірної вигоди може вчинити або не вчинити, планувати вчинити, з самого початку не планувати вчинити ті дії, за які передається неправомірна вигода;

автор зміщує момент закінчення підкупу і фактично прив’язує його до моменту вчинення чи невчинення певних дій, за які передавалася неправомірна вигода, що є неправильним;

автор фактично самовільно перетворив склад підкупу у злочин з двома обов’язковими діяннями, першим із яких альтернативно є обіцянка, пропозиція, надання чи одержання, а інший – вчинення певних дій одержувачем в інтересах передавача неправомірної вигоди.

Тому наголошуємо, що «виконання у зв’язку з одержанням особою, яка надає публічні послуги, спеціальної умови, що полягає у дії або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи» не є обов’язковою частиною суспільно небезпечного діяння у підкупі. Зауважимо, що і сам В.П. Кушпіт у своїй науковій праці зауважує, що судова практика зважає на те, що відповідальність за одержання неправомірної вигоди настає незалежно від того, чи вчинила особа, яка надає публічні послуги, дії або допустила бездіяльність із використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи, а також чи мала намір виконувати цю умову [117, с. 206]. Вважаємо за доцільне підкреслити, що таку позицію обстоює не лише судова практика, а й кримінально-правова доктрина.

У межах дослідження об’єктивної сторони пропонованого складу злочину «Посередництво у підкупі» проаналізуємо розмежування цього складу злочину зі складом злочину, передбаченим ст. 369-2 КК України («Зловживання впливом»). У складі «Зловживання впливом» йдеться про надання, пропозицію чи обіцянку з однієї сторони, та прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, обіцянку здійснити відповідний вплив – з іншоїсторони. Однак йдеться про випадки, коли неправомірна вигода залишається в особи, яка «береться вирішити певні питання». Така особа не планує передавати неправомірну вигоду особі, уповноваженій на виконання функцій держави. Варто вказати, що особа, яка передає неправомірну вигоду, усвідомлює це.

В акті підкупу через посередника чітко задіяні три сторони: надавач, посередник і одержувач неправомірної вигоди. Очевидно, що кожна з цих фігур може бути уособлена групою осіб (наприклад, кілька надавачів або кілька посередників тощо). Попри це, чітко простежується передавання неправомірної вигоди адресату (службовій особі публічного чи приватного права, особі, що надає публічні послуги), який мав би вчинити або не вчинити в інтересах надавача певні дії в межах своєї компетенції.

У «Зловживанні впливом» тому фігуранту, у діях якого зацікавлений надавач неправомірної вигоди, така вигода не передається. Вона залишається у суб’єкта (або третіх осіб), який використає свій вплив (знайомства, дружні відносини тощо) для того, щоби відповідне рішення було прийнято.

В.І. Тютюгін, аналізуючи ознаки суб’єкта «Зловживання впливом», влучно зауважує, що таким суб’єктом може бути будь-яка особа (зокрема службова), але лише у тому разі, коли її дії не обумовлені службовим становищем чи наданими їй повноваженнями [186, с. 44]. Цю ж позицію підтримує у К.П. Задоя, вказуючи, що суб’єктом «Зловживання впливом» є особа, яка не використовує становище працівника підприємства, установи чи організації, владу або службове становище чи повноваження службової особи юридичної особи приватного права або особи, що надає публічні послуги [175, с. 61]. Зазначені науковці «Зловживання впливом» називають проявом «фонової корупції».

Такий термін додатково свідчить про відмінність між одержанням, наданням і посередництвом у підкупі як явищем, що є серцевиною корупції, одним із найяскравіших її проявів і суміжним явищем – фонової корупції, існування якої також є неприпустимим.

Тому основні розмежувальні ознаки «Зловживання впливом» і «Посередництва у підкупі» – у змісті суспільно небезпечного діяння та суб’єктах відповідних злочинів.

Під час комплексного дослідження питання посередництва у підкупі необхідно хоча б побіжно вивчити місце посередника в механізмі необхідної співучасті під час підкупу. В науковій доктрині ще на початку ХХ століття наявність необхідної співучасті в злочинах визнавав М.С. Таганцев [177]. Він стверджував, що існують такі діяння, які, здавалося б, можуть бути виконані тільки за наявності декількох співучасників. Водночас ця умова, на думку науковця, може залежати або від юридичної природи такого злочинного діяння, або від конструювання його складу законодавцем. У літературі ці випадки назвали «необхідною співучастю» (concursus necessarius).

Впродовж тривалого часу в теорії кримінального права триває успадкована ще з германської теорії кінця минулого століття дискусія про те, чи одержання і надання неправомірної вигоди є самостійними злочинами, єдиним злочином чи «необхідною співучастю» [71, с. 5; 116; 131, с. 66]. Про явище необхідної співучасті у підкупі йшлося лише в контексті діянь, що становлять надання та одержання неправомірної вигоди.

Факт одержання неправомірної вигоди приватною чи публічною службовою особою або ж особою, що надає публічні послуги, завжди перебуває в генетичній єдності з наданням неправомірної вигоди і певною мірою з посередництвом в акті її надання й одержання. Посередництво ж є діянням, що виникає, супроводжує та «обслуговує» акт надання та одержання неправомірної вигоди між сторонами корупційної угоди. Тому неправильно і, по суті, неможливо, розглядати його відірвано, окремо від надання й одержання неправомірної вигоди. Відтак виникає запитання про те, чи є посередництво теж складовою необхідної співучасті.

Д.Г. Михайленко справедливо стверджує, що надання та одержання неправомірної вигоди становлять необхідну співучасть [136, с. 18 – 19]. Варто констатувати, що між одержанням і наданням неправомірної вигоди є багато спільного, вони ніби «пов’язані, переплетені». Один склад, одне діяння розпочинає інше, яке, відповідно, продовжує розпочате; слідує за ним (одержання продовжує надання). Обидві сторони корупційної угоди усвідомлюють суть предмета, що передається, розуміють, за що, з якою метою відбувається така передача.

Однак не в усіх випадках надання та одержання неправомірної вигоди посередник є обов’язковою фігурою, необхідним учасником у процесі встановлення, розвитку та реалізації корупційної угоди між її головними сторонами. Не виняток, 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. Проте якщо особа, що надає неправомірну вигоду, або особа, котра її одержує, відмовиться, тоді передача неправомірної вигоди і вчинення цих злочинів стають неможливими.

Отже, посередник не є необхідним елементом у корупційній угоді щодо надання та (або) одержання неправомірної вигоди, а тому і визнавати його складовою необхідної співучасті у наданні й одержанні неправомірно вигоди немає підстав. Аналогічні міркування, очевидно, стосуються ролі посередника в інших діяннях, таких як пропозиція й прийняття пропозиції, обіцянка й прийняття обіцянки. Наявність посередника у таких парах діянь теж не є обов’язковою.

## 

## 3.2 Суб‘єктивні ознаки «Посередництва у підкупі»

Посередником у підкупі може виступати будь-яка особа, наділена загальними ознаками суб’єкта злочину. Тобто суб’єктом «Посередництва у підкупі» фактично може виступати фізична осудна особа, яка досягнула 16-річного віку.

Посередник у підкупі може виконувати діяльність, яка за змістом становить підбурювальні, пособницькі або організаторські дії.

Варто розглянути кримінально-правову оцінку дій фізичного посередника в підкупі, якщо він діяв, виконуючи обов'язковий для нього наказ або розпорядження. Очевидно, що для відповіді на це питання слід брати за основу положення ст. 41 КК України. За наявності усіх умов правомірності відповідної обставини, якщо особа не усвідомлювала злочинність наказу або розпорядження,– вона не може нести кримінальної відповідальності за фізичне посередництво. У протилежному випадку, тобто за усвідомлення характеру своїх дій, вчинюваних на виконання злочинного наказу або розпорядження, – кримінальна відповідальність не може виключатися. Дії особи слід оцінювати як посередництво у підкупі.

М.І. Моісеєнко з цього приводу зазначає, що питання про оцінку посередницьких дій, здійснених особою на виконання обов'язкових для нього наказу або розпорядження, зводиться до питання встановлення прямого умислу в діях посередника. Відсутність такого прямого умислу виключає, на думку вченого, склад фізичного посередництва [140, с. 51].

Часто як посередники у підкупі виступають не звичайні фізичні особи, а особи, які належать до службових осіб юридичних осіб приватного або публічного права. Аналізуючи такі випадки посередництва, Д.Г. Михайленко зауважив, що такий посередник, навіть будучи наділеним ознаками службової особи, отримує предмет злочину не для себе, а для передачі його своєму довірителю, який зобов’язується здійснити визначені дії в інтересах особи, що надає неправомірну вигоду [136, с. 171 – 172]. Автор зазначає, що посередник у цьому не виконує жодних дій з використанням свого службового становища, інакше він, на думку Д.Г. Михайленка, перетворюється на одержувача неправомірної вигоди.

О.О. Кваша стверджує, що посередник, навіть будучи службовою особою, отримує предмет хабара не для себе, а для передачі його іншій стороні – службовій особі, яка повинна здійснити певне діяння, обумовлене даванням хабара. Вчена правильно зауважує, що посередник-службова особа не виконує жодних дій з використанням свого службового становища [81, с. 497].

На практиці трапляються випадки, коли посередник, усвідомлюючи свою роль у ланцюгу передачі неправомірної вигоди, намагається приховати реального одержувача і видає себе за нього. У більшості випадків особа, що надає неправомірну вигоду, не розуміє, що вступає у відносини лише з представником потенційного одержувача. Також варто констатувати, що за такої ілюзії, коли посередник видає себе за одержувача неправомірної вигоди, він все ж не перетворюється на останнього. Дії посередника залишаються посередницькими.

Д.Г. Михайленко справедливо зазначає, що функції посередника-службової особи вичерпуються безпосереднім переданням предмета злочину [136]. Така службова особа не планує і не обіцяє вчинювати будь-які дії чи утримуватися від вчинення таких дій в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, використовуючи своє службове становище. Її роль така ж, як і у посередника-приватної особи (загального суб’єкта).

Те, що службова особа юридичної особи публічного права виконує роль посередника у підкупі, підвищує суспільну небезпечність її дій. Тому вважаємо за доцільне вчинення посередницьких дій службовою особою юридичної особи публічного права виділити як кваліфікований склад злочину.

Таким чином, посередника-службову особу від одержувача неправомірної вигоди відрізняють такі ознаки:

посередник не вчинює (утримується від вчинення) жодних дій в інтересах особи, що надає неправомірну вигоду;

посередник під час вчинення суспільно небезпечного діяння не використовує свого службового становища;

посередник отримує неправомірну вигоду для подальшої передачі її іншій службовій особі.

І. Ткачов зазначає, що можлива ситуація, коли службова особа (особа, що надає публічні послуги) отримує неправомірну вигоду, частину якої згодом передає іншій службовій особі [179]. Якщо вказані дії були вчинені за власною ініціативою службової особи, яка отримала предмет злочину, то вона підлягає відповідальності за одержання і надання неправомірної вигоди з урахуванням вартості всієї отриманої неправомірної вигоди і переданої ним частки відповідно. Якщо передача частини неправомірної вигоди здійснювалась за погодженням із особою, що її надала, дії такої службової особи кваліфікуються за сукупністю одержання неправомірної вигоди (в частині, в якій повинна була отримати саме ця службова особа) і посередництва в наданні неправомірної вигоди».

Вважаємо, що така кваліфікація є дещо надуманою. Адже у попередніх розділах роботи ми встановили, що посередник може діяти оплатно і безоплатно. Тому одержання посередником плати за надані ним посередницькі послуги не змінює правової природи вчинюваних ним діянь. Тому, не залежно від того, чи він частину неправомірної вигоди залишив собі як оплату за посередницькі послуги, чи надав посередницькі послуги на безоплатній основі, діяння слід кваліфікувати як посередництво у підкупі. Інша ситуація виникнути, якщо він без відома надавача неправомірної вигоди звернув частину коштів у свою власність. У такому випадку має йтися про удаване посередництво, а дії винного мають кваліфікуватися як шахрайство у частині звернених у свою користь коштів.

Ще однією кваліфікуючою ознакою, доцільність виділення якої варто обумовити, є вчинення посередництва у підкупі групою осіб.

На нашу думку, сама собою діяльність посередника полягає у наданні сприяння певним сторонам, які є виконавцями підкупу (наприклад, надання та одержання неправомірної виголи, які утворюють так звану необхідну співучасть). Цей факт само собою означає, що вчинення посередництва без інших двох злочинів, тобто тих злочинів, які вчинюють особи, сприяння яким і утворюють посередницькі дії, неможливе. Якщо, для прикладу, надання-одержання неправомірної вигоди утворюють необхідну співучасть, то без посередника вони обійтися можуть. Разом з тим посередник без сторін корупційної угоди існувати сам собою не може.

Аналогічна ситуація виникне у парах інших діянь, як-от обіцянка та прийняття обіцянки, пропозиція та прийняття пропозиції. Посередництво у таких діях без самих «основних дій» є неможливим. Через це вважаємо, що існування групи є обов’язковою конститутивною ознакою ланцюга, в якому однією з ланок виступає посередник у підкупі. Отже, виділення кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину групою осіб» є недоцільним, у всіх без винятку випадках посередництва у підкупі автоматично задіяна група осіб.

Про недоцільність виділення такої кваліфікуючої ознаки зауважує Е.К. Шевирін, стверджуючи, що особливість хабарництва полягає в тому, що в ньому бере не менше 2-х осіб, а це вже група [205, с. 34].

Видається, що суспільна небезпечність вчинюваних посередником дій не зростає у випадку, коли у ланцюгу корупції задіяні кілька посередників. Очевидно, що наявність кількох посередників ускладнює процес доказування. Однак більша кількість не може автоматично підвищувати суспільну небезпечність.

Із суб’єктивної сторони, діяльність посередника у підкупі характеризується виною у формі умислу (вид умислу – прямий). Очевидно, що посередницька діяльність не може бути необережною. Окрім цього, не можна зазначати й про непрямий умисел. Адже посередник усвідомлює, що вчинює дії, спрямовані на організацію, посередництво або будь-яке інше сприяння в здійсненні акту одержання та (або) надання неправомірної вигоди. Оскільки обидва основні злочини, що утворюють необхідну співучасть, є умисними, посередницька діяльність буде також умисною, а не випадковою.

М.І. Мельник зауважує, що психічне ставлення винного має характеризуватися прямим умислом: посередник повинен усвідомлювати, що він діє в інтересах однієї зі сторін акту дачі-одержання хабара і бажає це зробити [129, с. 185]. Цілком погоджуємося із позицією вченого про те, що інтелектуальним моментом умислу посередника в підкупі охоплюється усвідомлення всіх дій, що утворюють посередництво (як передача неправомірної вигоди, так і сприяння знайомству, досягнення домовленості щодо предмета неправомірної вигоди тощо) [129, с. 186].

Якщо «посередника» використовують «в сліпу», тобто він не усвідомлює злочинності своїх дій, не розуміє справжньої своєї ролі у механізмі передачі неправомірної вигоди, – про злочинність дій зазначати не варто, адже особа не діяла умисно, а лише слугувала знаряддям у корупційному механізмі.

Серед невирішених питань кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі залишається неоднозначна кримінально-правова оцінка діянь «удаваного посередника» або т.зв. «лжепосередника». Посередник у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди не завжди може виявитися «добросовісною фігурою», що «належно» виконує взяті на себе обов’язки щодо передачі предмета злочину. Порівняно 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. Проф. Б.В. Волженкін, аналізуючи дискусійні питання кримінальної відповідальності за хабарництво, ґрунтовно проаналізував правову природу посередництва в хабарництві (в т.ч. удаваного). Із цього приводу він зазначав, що, 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 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 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 [41, с. 251 – 255].

У першому випадку фактично від посередника надходить пропозиція посередництва, а в іншому наявна 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 і інші вчені), суб’єкт не просто виявляє свій намір дати хабар, але і здійснює конкретні дії, безпосередньо спрямовані на вчинення злочину [41, с. 251-255]. Цими діями розпочинається виконання об’єктивної сторони складу злочину щодо передачі неправомірної вигоди, який не доводиться до кінця з причин, що не залежать від волі особи, яка має намір надати неправомірну вигоду.

Зокрема, у другому з наведених випадків особа, котра 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 здійснення 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.

Узагальнивши і вивчивши практику нижчестоящих судів, Пленум Верховного Суду СРСР звернув увагу на неправильність притягнення до відповідальності за шахрайство осіб, що удавано виконують перед хабародавцями роль посередників. На думку Пленуму Верховного Суду СРСР, такі особи фактично посягали на інший об’єкт злочину: інтереси державної служби, оскільки, на думку суду, вони підбурювали до давання хабара. Такі ж міркування викладені у постанові від 23 вересня 1977 року. Однак слід уточнити, що у цій постанові зроблено уточнення щодо того, що залежно від обставин справи вчинене потрібно кваліфікувати і як пособництво. Позиція вищої судової інстанції цілком змінилася у постанові від 30 березня 1990 року, якою Пленум Верховного Суду СРСР порекомендував судам притягати удаваних посередників до відповідальності за статтею 147 КК РСФСР 1960 року (шахрайство) і, у випадку, якщо посадовець схиляв хабародавця до давання хабара, – необхідно додатково кваліфікувати його дії як підбурювання до давання хабара.

Пленум Верховного Суду України в Постанові від 07 жовтня 1994 року № 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 УРСР 1960 р., а за відповідними частинами ст. 143 і 165 КК України як [шахра](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-94?nreg=v0012700-94&find=1&text=%F8%E0%F5%F0%E0&x=0&y=0" \l "w13)йство і зловживання владою чи посадовим становищем, а за наявності до того підстав – і за відповідними частинами статей 19, 17 і 170 КК України (підмовництво до замаху на дачу хабара). Особа, яка в такому випадку передала гроші чи цінності, вважаючи, що дає хабар, несе відповідальність за замах на дачу хабара». Слід зазначити, що наступна Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5 відтворила це положення (п. 9).

Роз’яснення вищих судових інстанцій в частині, що стосується кваліфікації дій удаваного посередника критикували представники 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 цьому випадку складу злочину проти власності (шахрайства) [92, 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 подальшу передачу одержувачу й від нього надходила ініціатива щодо виконання ним функцій посередника, така особа умисно робить все для того, щоби зумовити в іншого виникнення умислу на надання неправомірної вигоди. Стверджуючи про свої можливості через службових або інших осіб досягти за винагороду бажаної для хабародавця дії або бездіяльності, «удаваний посередник» здійснює посягання не тільки на право власності, а також 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 [70, с. 155]. Пленум Верховного Суду СРСР вважав подібні дії підбурюванням до закінченого злочину «Давання хабара». Однак зазначене рішення, запропоноване Б.В. Здравомисловим, вважається більш обґрунтованим, оскільки «удаваний посередник» фактично схиляє 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, які 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 із 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 [170, с. 47]. А.Я. Вишинський також стверджував, що відповідати за замах на давання хабара жертва обману не може, оскільки держава бореться не зі злою волею як такою, а лише з її корисливим, спрямованим проти державного інтересу, виявленням [44, с. 654 – 655]. Інші дослідники вважають, що оскільки немає посадовця, що бере хабар, то не може бути і давання хабара; це є не більш як замах із непридатним об’єктом і виявляє лише злу волю, а тільки виявлення злої волі не є кримінально караним [3].

Однак ця пропозиція відновлює дискусію, що тривала у вітчизняній юридичній періодиці в 20-х рр. щодо відповідальності особи, яка помилково передала хабар іншій особі. В подібних ситуаціях обманута сторона все ж таки повинна відповідати за замах на надання неправомірної вигоди, оскільки злочинний результат не настав незалежно від її волі, і з цим слід погодитися. Особа, помилково передаючи цінності як неправомірну вигоду іншій людині, прийнятій нею за службовця або будучи обманутою, не просто демонструє свій протиправний намір надати неправомірну вигоду, а вчиняє, як зазначалося, спрямовані на це конкретні дії, хоч вони і не призвели до вчинення закінченого злочину через причини, що від нього не залежали.

За загальним правилом кваліфікації дій співучасників (за відсутності ексцесу), співучасники повинні нести відповідальність за співучасть у злочині на тій стадії, на якій було закінчено чи перервано його виконавцем [89, с. 62]. Справді, згідно з ч. 4 ст. 29 КК України, у разі вчинення виконавцем незакінченого злочину інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому злочині. Особа, що мала умисел надати неправомірну вигоду, відповідає за замах на надання неправомірної вигоди, тому дії «удаваного посередника» в такому випадку треба кваліфікувати як підбурювання теж до замаху на надання неправомірної вигоди. Така позиція, на нашу думку, узгоджується із положеннями Загальної частини кримінального права, які врегульовують питання кваліфікації дій співучасників. Вона ж закріплена і в п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06.11.09 р. № 10: «Якщо винна особа схилила певну особу до замаху на давання хабара, її дії слід кваліфікувати також за відповідною частиною статті 15 та відповідною частиною статті 369 КК з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК».

Від вказаного слід відрізняти ситуацію, коли умисел на надання неправомірної вигоди виник у особи незалежно від поведінки «удаваного посередника». Останній не схилив цю особу до вчинення неправомірних дій, а лише через її прохання нібито погодився передати цінності службовій особі (особі, що надає публічні послуги) у вигляді неправомірної вигоди, тобто приєднався до злочинного умислу такої особи.

В науковій літературі та в радянській судовій практиці можна було натрапити на різні пропозиції щодо кваліфікації дій такої особи. Як зазначалося, судова практика вищих судових інстанцій у своїх роз’ясненнях по-різному вирішувала це питання (пропонувалося кваліфікувати відповідні діяння або як пособництво у даванні хабара, або як шахрайство).

Науковці обґрунтовували, що в такому випадку пособництво виражається у формі усунення перешкод, створенні умов, що забезпечують особі, що хоче передати неправомірну вигоду, можливість вчинити злочин. Водночас удаваний посередник «усвідомлює, що виступає співучасником в даванні хабара, сприяє здійсненню дій виконавцем, передбачає, що і його дії створюють умови для замаху на давання хабара і бажає взяти участь в цьому посяганні» [150, с. 26 – 27; 169, с. 29 – 30].

Однак, пропоноване Пленумом та деякими вченими рішення про кваліфікацію таких дій, як пособництво в наданні неправомірної вигоди, було розкритиковане і визнане теоретично необґрунтованим і неприйнятним. Дії «удаваного посередника», що погодився передати неправомірну вигоду, але мав умисел на її привласнення, не можна вважати такими, що створюють умови, які забезпечують можливість вчинити злочин або усувають перешкоди на шляху особи, котра має намір надати неправомірну вигоду. Основне завдання пособника, згідно з нормами кримінального закону, – надати сприяння у вчиненні злочину. Однак поведінка «удаваного посередника» фактично перешкоджає реалізації злочинного умислу, адже саме в результаті дій удаваного посередника, що привласнив предмет злочину, запланований злочин не відбувся.

Тому погоджуємося з критикою Б.В. Волженкіна стосовно того, що у такій ситуації відсутні і об’єктивні, і суб’єктивні ознаки співучасті. Умисел особи спрямований виключно на заволодіння предметом злочину, а не на спільну участь у посяганні проти інтересів публічної служби, порушення нормальної діяльності державного, місцевого апарату управління чи апарату управління підприємствами, установами чи організаціями незалежно від форми власності.

Залежно від часу виникнення умислу А.К. Квіцинія вважає, що посередник, котрий пообіцяв передати неправомірну вигоду й спочатку мав намір це зробити, якщо в процесі розвитку злочинної події він «передумав» і привласнив предмет злочину, не може нести відповідальності за посередництво через те, що такі дії повинні вважатися добровільною відмовою від вчинення злочину. Науковець також пропонує кваліфікувати такі дії за відповідною частиною статті, що передбачає відповідальність за шахрайство, залежно від вартості неправомірної вигоди та обізнаності про це винуватця [83, с. 93].

У юридичній літературі найбільш поширена оцінка цих дій як шахрайства. Вказану рекомендацію підтримала більшість дослідників [92, с. 20; 96, с. 47; 121, с. 104 – 105; 122, с. 119]. Вона ж закріплена в п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06.11.09 № 10: «…Якщо винна особа отримує від іншої особи гроші чи цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене належить кваліфікувати як шахрайство».

Дії удаваного посередника на практиці також кваліфікують як шахрайство і підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди [30; 35; 38]. Однак у кримінально-правовій літературі така кваліфікація теж доволі жваво критикувалася.

Так, 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 т.зв. «правовий дефект», суть якого полягає в тому, що ні кримінальне право, ні судова практика не можуть прирівнювати суспільні відносини осіб, що мали протизаконні інтереси, до рівня законних [48, с. 20].

Погоджуємося, що не підлягає сумніву те, що кримінальний закон має на меті захист від майнових посягань суспільних відносин, заснованих на законних підставах, зокрема, на праві власності та інших законних речових правах. У контексті викладеного, вважає Р.А. Гребенюк, Пленум Верховного Суду України, взявши за основу шахрайські дії (заволодіння майном шляхом його привласнення та обман), не зважив на те, що зовні схожі на злочини проти власності діяння лжепосередника і, відповідно, майнові інтереси обманутого (хабародавця), яким заподіюється шкода, містять правовий дефект. Інше розуміння призводить до цікавого висновку: особа, що надала неправомірну вигоду, повинна розглядатися як потерпілий і має право вимагати повернення предмета посягання [48, с. 20].

Р.А. Гребенюк зауважує, що визнання в діях «удаваного посередника» складу шахрайства нівелює цілі і завдання кримінально-правового захисту суспільних відносин; кримінальний закон повинен захищати не майнові інтереси осіб, що «потерпіли» від дій «удаваного посередника», а захищати інтереси державної служби і служби органів місцевого самоврядування [47, с. 96; 48, с. 20].

О.І. Ткачов теж вважає кваліфікацію зазначених дій як шахрайства помилковим. Вчений зауважує, що, передаючи «удаваному посереднику» неправомірну вигоду, особа, що надає предмет злочину, здійснює частину об’єктивної сторони складу злочину (надання неправомірної вигоди залежно від суб’єкта), що і дає підстави кваліфікувати її дії як замах [180, с. 35 – 37]. Інші міркування дослідника такі: майно, що передається «удаваному посереднику», є предметом відповідного злочину, який підлягає вилученню і конфіскації; така особа не може сподіватися на повернення предмета злочину незалежно від того, чи був він у результаті переданий службовій особі (особі, яка надає публічні послуги) і чи були здійснені стосовно неї або осіб, яких вона представляє, обумовлені неправомірною вигодою дії (бездіяльність). Відповідно, на думку О.І. Ткачова, обман «удаваного посередника» не перебуває в причинному зв’язку з настанням у особи, що спробувала надати неправомірну вигоду, реальної майнової шкоди, оскільки останній втрачає майно (зазнає цієї шкоди) через факт здійснення ним кримінально карного діяння, незалежно від того, чи будуть здійснені посередником обіцяні дії ,чи ні [180, с. 35 – 37].

А. Васецов обґрунтовуючи неможливість кваліфікації дій «удаваного посередника» як шахрайства, зазначає, що удаваний посередник своїми діями безпосередньо сприяє вчиненню більш тяжкого злочину – даванню хабара [24, с. 14].

Саме питання про те, чи можна визнати потерпілим від дій «удаваного посередника» особу, яка потенційно намагалася передати неправомірну вигоду, і обумовлює у деяких вчених сумніви стосовно правильності кримінально-правової оцінки дій «удаваного посередника» за ст. 190 КК України. Законодавець у ст. 55 КПК України визначає потерпілим фізичну особу, якій кримінальним правопорушенням завдана моральна, фізична чи матеріальна шкода, а також юридичну особу, 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) 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 як неправомірну вигоду через «удаваного посередника», в цьому випадку є набутим «удаваним посередником» внаслідок злочину, тому воно справді передається в дохід держави. Однак найголовніше, що таке майно є предметом злочину, вчиненого «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), тому повинен відповідати за замах на цей злочин.

Водночас об’єктом злочину можуть виступати ті суспільні відносини, які насамперед і в основному законодавець ставив під охорону, криміналізуючи певне діяння. Тому частково погоджуємося з думкою про те, що деякою мірою справді спірним є питання про те, чи у випадку вчинення шахрайства під час вчинення підкупу зазнають шкоди відносини власності, поставлені під кримінально-правову охорону, якщо насправді шкода заподіюється, здавалося б, незаконним інтересам особи, що намагається виступити «підкуподавцем»? Тоді невже що в разі такої кримінально-правової оцінки відсутня одна з ознак складу злочину – об’єкт посягання?

Доволі схожа проблема виникає під час кваліфікації «крадіжки краденого майна». Здавалося б, під кримінально-правову охорону фактично ставляться суспільні відносини, які мають незаконний характер. Так, основним безпосереднім об’єктом виступають також відносини права власності, яких немає безпосередній «потерпілий» від такої крадіжки (фактично злодій, який вкрав крадене). 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 володінні перебуває майно, яке вилучають; суспільна небезпека вчиненого є лише в тому, що той, хто посягає, здійснює суспільно небезпечне посягання; ступінь суспільної небезпеки такої особи не зменшується і не нівелюється тим, що він вчиняє суспільно небезпечне посягання проти об’єкта, що незаконно перебуває у володінні «потерпілого» [8, с. 167]. Для кваліфікації має значення те, що викрадене майно є чужим для викрадача, він не має на нього ні передбачуваного, ні, тим паче, дійсного права власності або права законного володіння [8, 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 злодій у будь-якому випадку викрадає чуже для себе майно, а суспільна небезпека в таких діях, безумовно, існує [141, с. 15 – 16].

Теж можемо сказати і про шахрайство у підкупі. Ступінь суспільної небезпеки «удаваного посередника» не нівелюється тим, що він вчиняє суспільно небезпечне посягання проти об’єкта (а точніше – предмета), котрий має незаконне призначення (бути переданим як неправомірна вигода). Аналогічно як не має значення те, в законному чи незаконному володінні перебуває майно, яке вилучають при крадіжці краденого, як при шахрайстві у підкупі, на наш погляд, не має кримінально-правового значення походження та мета використання цього майна чи прав на нього.

Однак, варто пам’ятати, що таке майно, яке планували передати як неправомірну вигоду, не буде повернуте власнику. Воно, як і цінності (доходи від них), набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення (в цьому випадку – замаху на надання неправомірної вигоди), передається в дохід держави.

Зауважимо, що в теорії кримінального права наявні думки про доцільність закріплення в кримінальному законодавстві окремої статті, яка б передбачала відповідальність за дії «удаваного посередника». Наприклад, Ш.Г. Папіашвілі пропонує для однозначного вирішення проблемних питань кваліфікації діянь удаваного посередника сформулювати новий склад злочину – «Шахрайство в хабарництві» [148, с. 209]. Ідею виділення окремої норми про відповідальність за «удаване посередництво» підтримує й В.С. Лукомський, який запропонував доповнити КК України новою статтею про відповідальність удаваного посередника такого змісту: «одержання грошей або інших матеріальних благ непосадовою особою начебто для передачі посадовій особі в якості хабара за виконання чи невиконання в інтересах давача будь-яких дій і привласнення цих грошей або матеріальних благ» з кваліфікуючою ознакою – вчинення його службовою особою [120, с. 16].

Також вчені звертають увагу на законодавчий досвід Латвійської Республіки, де в ст. 321 КК цієї країни встановлюється відповідальність за привласнення хабара, сформульована так:

«1. Привласнення хабара, одержаного особою для передачі державній службовій особі або прийнятого особою, що видала себе за державну службову особу;

2. Привласнення хабара, одержаного державною службовою особою для передачі іншій державній службовій особі або прийнятого такою особою, що видала себе за іншу державну службову особу».

Однак, на нашу думку, таку пропозицію навряд чи слід підтримувати, оскільки доповнення Особливої частини КК України одним із різновидів шахрайства за ознакою предмета і суб’єкта є необґрунтованим. Норма про шахрайство, закріплена у ст. 190 КК України, здатна охопити шахрайські дії «удаваного посередника» і врахувати ступінь суспільної небезпеки цього злочину, зважаючи на санкції, передбачені у ст. 190 КК України.

Наголосимо на тому, що принцип економії кримінально-правових заходів у законодавстві є невід’ємною частиною демократичної правової держави, а одним із важливих показників високого рівня розвитку техніки кримінальної правотворчості є надання переваги законодавцем чітким формулюванням. Тому важливо використовувати наявні резерви кримінально-правових норм як Загальної, так і Особливої частин КК України для недопущення сумнівної «новизни» в Особливій частині кодексу, і стаття 190 КК України («Шахрайство») та роз’яснення, здійснені Пленумом Верховного Суду України, дають змогу правильно кваліфікувати діяння «удаваного посередника».

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

Для прикладу, Вознесенський міськрайонний суд Миколаївської області виніс обвинувальний вирок і визнав Особу 3 винною в скоєнні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 190, ч. 2, ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 4 ст. 369, ч. 4 ст. 368 КК України [27].

Влітку 2013 року ОСОБА\_1 вирішив отримати земельну ділянку на території м. Вознесенська Миколаївської області для подальшого будівництва будинку. З вказаною метою наприкінці червня 2013 року ОСОБА\_1 направився до Управління Держземагентства у Вознесенському районі і звернувся до керівника зазначеного органу ОСОБА\_3 щодо наявності вільної ділянки на території м. Вознесенська Миколаївської області.

ОСОБА\_3 вирішив скористатися цією ситуацією для особистого збагачення та заволодіти майном ОСОБА\_1 шляхом обману та зловживання довірою. Для досягнення задуманого ОСОБА\_3 вирішив ввести ОСОБА\_1 в оману та схилити його до давання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище, а саме – Вознесенському міському голові ОСОБА\_5, за вирішення питання щодо безперешкодного виділення земельної ділянки, не маючи наміру передавати ОСОБА\_5 грошові кошти, а, отримавши їх від ОСОБА\_1, заволодіти ними та розпорядитися на власний розсуд. З цією метою ОСОБА\_3 повідомив ОСОБА\_1, що підбере для останнього ділянку землі, яка б відповідала його вимогам.

У вересні 2013 року між ОСОБА\_1 та ОСОБА\_3, з ініціативи останнього, відбулася розмова, під час якої ОСОБА\_3 пояснив, що підібрав земельну ділянку ОСОБА\_1 та, діючи умисно, з корисливих мотивів, з метою заволодіння шляхом обману та зловживання довірою грошовими коштами, ОСОБА\_1, реалізуючи свій злочинний умисел, перебуваючи в приміщенні свого службового кабінету, за адресою: Миколаївська область, Вознесенський район, м. Вознесенськ, вул. Синякова, 27, повідомив ОСОБА\_1, що вирішити питання щодо виділення земельної ділянки можна буде лише шляхом надання неправомірної вигоди Вознесенському міському голові ОСОБА\_5 у розмірі 3 000 доларів США (що за офіційним курсом НБУ становить 23 979 грн).

Водночас ОСОБА\_3, маючи на меті також отримання неправомірної вигоди і для себе, за виконання своїх посадових обов'язків начальника управління Держземагентства у Вознесенському районі Миколаївської області, зазначив, що, використовуючи своє службове становище, він погодить технічну документацію, надасть висновок про її погодження та не перешкоджатиме отриманню ОСОБА\_1 земельної ділянки. Однак вимогу про надання неправомірної вигоди собі за виконання своїх службових обов'язків ОСОБА\_3 вирішив пред'явити пізніше.

ОСОБА\_3 умисно ввів ОСОБА\_1 в оману, що виділення земельної ділянки можливе лише у разі надання неправомірної вигоди Вознесенському міському голові ОСОБА\_5 та йому як начальнику управління Держземагентства у Вознесенському районі Миколаївської області.

Будучи введеним ОСОБА\_3 в оману, думаючи, що Вознесенський міський голова ОСОБА\_5 може вплинути на позитивне вирішення питання щодо виділення земельної ділянки, ОСОБА\_1 погодився з його пропозицією щодо надання неправомірної вигоди Вознесенському міському голові.

Це ситуація, у якій винний частину суми мав нібито передати іншій службовій особі. Однак фактично виступив удаваним посередником і вчинив шахрайство. Іншу ж частину суми він «взяв для себе», тобто вчинив одержання неправомірної вигоди.

Якщо ж посередник у підкупі частину суми передає кінцевому адресату, а частину за власною ініціативою звертає собі, – це ідеальна сукупність удаваного посередництва і справжнього посередництва. Так, вироком Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 10 березня 2009 року ОСОБА\_5 засуджена за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 368 КК України. Ухвалою апеляційного суду Дніпропетровської області від 29 травня 2009 року вирок залишено без зміни. З матеріалів справи зрозуміло, що ОСОБА\_5 засуджена за те, що вчинила пособництво в отриманні посадовими особами Воробйовим і Маліком хабара в особливо великому розмірі, поєднаного з вимаганням. Окрім того, засуджена повідомила Храпачу, що за купівлю приміщення за адресою м. Дніпропетровськ, вул. Сєрова, 4, він повинен передати хабар у розмірі 273000 грн, з яких 93000 грн вона мала передати відповідно до попередньої змови Воробйову та Маліку, а 180000 грн вирішила отримати для себе за надані послуги посередника, не повідомляючи про це останніх. Вирок Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 10 березня 2009 року та ухвала апеляційного суду Дніпропетровської області від 29 травня 2009 року щодо ОСОБА\_5 в частині кримінально-правової оцінки дій винної залишена без змін Колегією суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України [196].

Видається, що у частині самовільного залишення собі частини суми хабара дії винної слід кваліфікувати як шахрайство, оскільки фактично трапилося удаване посередництво в хабарництві. Таким чином, кінцева кваліфікація дій винної мала би виглядати так: ч. 1 ст. 190, ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 368 КК України.

У контексті аналізу суб’єктивних ознак складу посередництва у підкупі варто розглянути ще один випадок. Так, посередник може вважати, що здійснює передавання неправомірної вигоди від того, хто підкуповує, до того, кого підкуповують. Однак особа, яку намагаються підкупити, з самого початку має умисел на заволодіння майном шляхом обману. Ні той, хто передає неправомірну вигоду, ні посередник про це не знають. Теорія і практика виробила рекомендації щодо кваліфікації таких дій. Зокрема, ми зауважували, що дії кінцевого адресата, який фактично вчинив обман, необхідно кваліфікувати як шахрайство і, за необхідності, як підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди. Дії того, хто намагався передати неправомірну вигоду, – як замах на надання неправомірної вигоди. Однак поза увагою дослідників залишилася кримінально-правова оцінка дій посередника.

Аналогічна справа стала предметом розгляду Зміївського районного суду Харківської області (Справа № 621/1449/14-к; Пр. №1-кп/621/13/15) [31]. За результатами розгляду цієї справи судом було винесено виправдальний вирок.

Обставини справи такі: ОСОБА\_4, працюючи на посаді начальника відділу Державної виконавчої служби Зміївського районного управління юстиції Харківської області, обвинувачувався у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК України, а ОСОБА\_5 – у вчиненні злочину, передбаченого ч. 5 ст. 27, ч. 4 ст. 368 КК України. Особа 5 нібито виступила посередником у передачі коштів від Особи 3 до Особи 4 за сприяння в знятті арешту з рухомого та нерухомого майна, зокрема з домоволодіння Особи 3.

Однак Особа 4 чітко знала і усвідомлювала, що арешт на рухоме та нерухоме майно, зокрема на домоволодіння Особи 3, не накладався. Особа 5 про це не знала.

Суд, розглянувши всі докази та з’ясувавши обставини справи, вказав, що дії Особи 4 слід було кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідними частинами статей 190 і 364 КК як шахрайство та зловживання владою чи службовим становищем, а за наявності до того підстав – і за відповідними частинами статей 27, 15 та 369 КК як підбурювання до замаху на давання хабара.

Суд вирішив, що і Особу 4, і Особу 5 слід виправдати, оскільки трапилася неправильна кваліфікація дій Особи 4.

Зауважимо, що суд обґрунтував правильну, на його думку, кваліфікацію лише для дій Особи 4. Дії ж посередника, тобто Особи 5, суд залишив поза увагою. У вироку тільки зазначено, що Особу 5 слід виправдати у пособництві у вчиненні злочину, а саме: у пособництві в одержанні службовою особою неправомірної вигоди для себе за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, будь-якої дії з використанням наданого їй службового становища, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, поєднане з вимаганням неправомірної вигоди, тобто у вчиненні злочину, передбаченого ч.5 ст. 27 ч. 4 ст. 368 КК України.

Однак, на відміну від кваліфікації дій Особи 4, суд не вказав, якою ж повинна була бути кваліфікація дій «справжнього» посередника в такій корупційній угоді.

Видається, що якщо посередник не знав про те, що фактично вчинюється шахрайство, то його дії слід кваліфікувати з урахуванням фактичної помилки як замах на вчинюваний ним злочин, тобто як замах на посередництво у підкупі. Такий підхід ґрунтується на теорії суб’єктивного ставлення у вину.

## 3.3 Заходи кримінально-правового впливу за «Посередництво у підкупі»

Окремо треба з’ясувати питання про доцільність спеціального звільнення від кримінальної відповідальності посередника у підкупі за умови позитивної посткримінальної поведінки.

Як відомо, заохочення у кримінальному праві існує у вигляді приписів, що стимулюють до суспільно схвальної, позитивної поведінки суб’єктів кримінально-правових відносин [143, с. 72]. О.О. Кваша з цього приводу зазначає, що вони покликані стимулювати особу відступитися від вчинюваного злочину, адже найважливішою метою встановлення таких заохочувальних норм у кримінальному законі є підвищення ефективності протидії, а ця мета може бути досягнута швидше, якщо таке звільнення стосуватиметься більш широкого кола осіб – посередників також [81, с. 499].

Доцільність звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі обґрунтовує В.В. Шмигельський. Зокрема, він стверджує, що структура правової норми, яка повинна передбачати кримінальну відповідальність за вчинення злочину посередництво в хабарництві, обов’язково повинна передбачати можливість звільнення від кримінальної відповідальності суб’єкта цього злочину [207, с. 141].

Ще однією із підстав, які вказують на доцільність передбачення спеціальної можливості звільнення від кримінальної відповідальності, має слугувати не лише реалізація принципу гуманізації кримінальної політики держави, а суттєве полегшення під час доказування факту корупційної угоди загалом. Так, В.В. Шмигельський звертає увагу на те, що заохочувальна норма має суто тактичне значення у процесі розслідування злочинів, пов’язаних із даванням та отриманням хабара; особа посередника, який активно співпрацює зі слідством та сприяє розкриттю злочинів, пов’язаних із даванням та отриманням хабара, становить особливий оперативний інтерес, а використання її допомоги може бути частиною тактичної операції, спрямованої на затримання, а згодом – на доведення під час провадження розслідування вини осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, пов’язаних з даванням та отриманням хабара [207, с. 141 – 142].

Обґрунтовуючи доцільність виокремлення посередництва в хабарництві як особливої форми співучасті, яка повною мірою не охоплюється ст. 27 КК України, обумовлював доцільність звільнення посередника від кримінальної відповідальності й Б.О. Кирись [85].

Приєднаємося до тієї групи дослідників, які вважають доцільним спеціальне звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі, за умови позитивної посткримінальної поведінки такого посередника. Справді, варто погодитися із базовими фундаментальними положеннями, що стосуються доцільності існування заохочувальних норм у кримінальному праві загалом, оскільки вони можуть сприяти, стимулювати позитивну поведінку суб’єкта злочину. Існування певних умов для звільнення від кримінальної відповідальності за посередницькі дії у підкупі сприятиме швидкому розкриттю таких кримінальних справ. Адже не таємниця, що справи, пов’язані із передачею неправомірної вигоди, є складними у доказуванні, оскільки обидві сторони корупційної угоди зазвичай зацікавлені у наданні чи одержанні неправомірної вигоди і не вважають себе потерпілими.

Водночас слід звернути увагу і на те, що фактичне викриття випадків підкупу дозволить створити хоча б дещо точнішу статистику, аніж є сьогодні. Адже латентність розглядуваної групи злочинів є надзвичайно високою.

Тому, враховуючи позитивні наслідки як для етапу кримінального процесуального розслідування, так і для тих сторін вивчення злочинності, які стосуються кримінології та криміналістики, вважаємо за доцільне у статті, яка передбачатиме кримінальну відповідальність за посередництво, виокремити окрему заохочувальну норму.

В.В. Шмигельський вважає, що звільняти від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі варто у випадку, якщо особа добровільно заявила про свої дії до порушення кримінальної справи щодо неї органу, наділеному законом правом порушувати кримінальну справу, і фактично вчинене нею діяння не містить складу іншого злочину [207, с. 141 – 142]. Формулюючи підстави і умови звільнення від кримінальної відповідальності, науковець вважає, що таке положення практично охоплює і випадок, коли посередник діяв в інтересах особи, стосовно якої завідомо для нього було вчинено вимагання хабара.

Умовами звільнення від кримінальної відповідальності за посередницькі дії при передачі неправомірної вигоди О.О. Кваша називає добровільність заявлення про те, що сталося, до порушення кримінальної справи проти них, органу, наділеному законом правом на порушення кримінальної справи [81, с. 499].

Вважаємо, що виділяти таку умову звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі, як те, що «фактично вчинене діяння не містить складу іншого злочину», недоцільно. Адже така вказівка фактично нічого нового у вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності чи звільнення від неї не вносить. Очевидно, що якщо у діяннях особи міститься склад іншого злочину, то вона повинна бути притягнена до кримінальної відповідальності за інший злочин, який вже не є посередництвом у підкупі. Однак вирішувати у нормі, яка стосується посередництва у підкупі, питання про притягнення до кримінальної відповідальності за інший злочин немає сенсу.

Однією із умов звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі повинно бути добровільне повідомлення про вчинені дії.

Повідомлення повинно визнаватися добровільним незалежно від мотивів, якими керувався заявник [203]. В.А. Шафорост критикує положення Постанови Пленуму Верховного Суду РФ, в якому зазначено, що не може визнаватися добровільним повідомлення, зроблене у зв’язку з тим, що про дачу хабара, посередництво у хабарництві чи комерційному підкупі стало відомо органам влади. Таке роз’яснення, на його думку, обмежує поняття добровільності.

Однак повідомлення до порушення кримінальної справи (за КПК України 1960 р.) або ж повідомлення до того, як органам влади стало відомо про вчинений злочин, – це зовсім різні моменти часу. На нашу думку, час, коли було здійснено відповідне повідомлення, повинен чітко розмежувати ті випадки, які можна розглядати як поведінку, що є умовою для звільнення від кримінальної відповідальності, із випадками, які вважатимуться дієвим каяттям.

У примітці до ст. 354 КК України заохочувальна частина сформульована законодавцем так:

«Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, звільняється від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статтями [354](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2436), [368-3](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2605), [368-4](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2617), [369](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2628), [369-2](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2640) цього Кодексу, якщо після пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди вона – до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, – добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка одержала неправомірну вигоду або прийняла її пропозицію чи обіцянку. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у частині четвертій [статті 18](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n85) цього Кодексу».

Тобто законодавець змістив час повідомлення про вчинені діяння і визначив його не з прив’язкою до внесення відомостей у Єдиний реєстр досудових розслідувань, а з прив’язкою до моменту, коли органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, стане відомо (до отримання) про відповідні злочинні діяння з інших джерел інформації.

Видається, що такий крок законодавця варто підтримати. Адже, хоча він і «скорочує» час, упродовж якого особа може повідомити про вчинені діяння відповідним адресатам, однак водночас він не дозволить маніпулювати і зловживати тими положеннями, які містять заохочувальні норми, що стосуються спеціального звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі.

Вважаємо, що звільняти від кримінальної відповідальності осіб, які вирішили повідомити про вчинене ними діяння вже після того, як про нього дізналися відповідні органи, не варто, адже це стане підставою для уникнення від кримінальної відповідальності після усвідомлення можливості притягнення до кримінальної відповідальності. Подальша «співпраця» з органами, які проводять досудове розслідування, може розглядатися як дієве каяття або ж активне сприяння розкриттю злочину. Така поведінка теж може мати «позитивні» наслідки для суб’єкта злочину, оскільки може слугувати пом’якшуючою обставиною під час призначення покарання тощо.

Однак необхідно обумовити ще й те, що особа може не знати, що про вчинений нею злочин відомо правоохоронним органам. У такому разі, керуючись теорією суб’єктивного інкримінування, варто врахувати позитивні спроби суб’єкта злочину і прирівнювати та розглядати такі випадки як повідомлення відповідним органам до моменту, коли їм стало відомо про вчинення злочину.

Заради повноти дослідження, зауважимо, що В.В. Шмигельський зазначає, що у заохочувальній нормі повинна міститися вказівка на те, що фактично вчинене особою діяння не повинно містити складу іншого злочину, мотивуючи свою позицію тим, що така вказівка пов’язана зокрема і з випадками шахрайства при хабарництві, або, як його ще називають удаваного посередництва в хабарництві [207, с. 141 – 142]. Зокрема, вчений вказує, що до таких випадків можна віднести ситуацію, коли особа-посередник обіцяє свої посередницькі послуги, отримує від хабародавця предмет хабара нібито для передачі його посадовій особі, а фактично присвоює його через неможливість реалізації початкового задуму або якщо її умисел одразу було спрямовано виключно на заволодіння предметом хабара.

Не можемо погодитися із міркуваннями науковця з огляду на те, що удаване посередництво має свою окрему кримінально-правову оцінку, а термін «посередництво», який вживається для позначення цього явища, не означає автоматичної кваліфікації відповідних злочинних дій як «Посередництва у підкупі». Такі дії зазвичай отримують кримінально-правову оцінку як шахрайство.

Позиція ж Б.В. Коробейнікова та М.Ф. Орлова, яку, до слова, підтримує і В.В. Шмигельський, про те, що для кваліфікації удаваного посередництва у хабарництві варто сформулювати новий склад злочину – «шахрайство в хабарництві», видається нам теж неаргументованою [92, с. 20 – 22; 207, с. 142]. Кримінально-правова доктрина сформулювала теоретичні положення, які дозволяють надати оцінку удаваному посередництву, і формулювати окрему кримінально-правову норму про шахрайство у підкупі (раніше – шахрайство у хабарництві) немає жодних підстав. Адже такі дії оцінюються за спрямованістю умислу винного і охоплюються складом заволодіння чужим майном шляхом обману або зловживання довірою, тобто складом шахрайства.

У примітці до ст. 354 КК України законодавець обмежив можливість звільнення від кримінальної відповідальності сторін злочинної угоди про надання та (або) одержання та інші дії із неправомірною вигодою вказівкою, що відповідні заохочувальні положення не стосуються пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди щодо осіб, визначених у ч. 4 ст. 18 КК України. Очевидно, що таке обмеження зумовлене підвищеною суспільною небезпечністю підкупів зазначених службових осіб.

Вважаємо за доцільне аналогічну підставу звільнення від кримінальної відповідальності зберегти і у заохочувальній нормі, що стосуватиметься посередництва у підкупі.

Така підстава звільнення від кримінальної відповідальності, як «активне сприяння розкриттю злочинів…», сама собою випливає із так званої позитивної посткримінальної поведінки винного. Адже, якщо особа не сприяє розслідуванню вчиненого нею злочину і пов’язаних злочинів, то й про її позитивну посткримінальну поведінку навряд чи може йтися. Водночас законодавець, використовуючи аргумент «наочності», вказує у заохочувальних нормах на необхідність такого активного сприяння розкриттю злочинів (наприклад, ч. 4 ст. 307, ч. 5 ст. 321 КК України). Тому з метою чіткого розуміння змісту норми, що визначає підстави і умови звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі, таку вказівку можна зберегти.

Отож заохочувальну частину статті, що передбачала би кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, можна сформулювати так:

«Особа, яка вчинила посередницькі дії у підкупі, тобто вчиненні злочинів, передбачених статтями 368, [368-3](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2605), [368-4](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2617), [369](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2628) цього Кодексу, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особами, які надали, одержали, пообіцяли, запропонували чи прийняли пропозицію або обіцянку одержання неправомірної вигоди. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у частині четвертій [статті 18](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n85) цього Кодексу».

Останнє, що необхідно розглянути під час конструювання проекту нової статті – визначення санкцій за вчинення відповідних діянь. На жаль, у теорії кримінального права немає загальноприйнятої позиції щодо процесу нормотворення під час формулювання санкцій.

Очевидно, що передусім варто з’ясувати, чи має така санкція бути альтернативною чи безальтернативною, відносно визначеною чи абсолютно визначеною, простою чи кумулятивною.

На нашу думку, санкція у пропонованій статті повинна бути альтернативною. Адже необхідно надати суду можливість для реалізації принципу індивідуалізації кримінальної відповідальності. Саме на етапі вибору конкретного виду покарання така індивідуалізація може бути забезпечена.

Під час визначення можливих видів покарань, які доцільно передбачити у санкції статті як альтернативні, проаналізуємо такі питання:

1) які покарання передбачені у санкціях основних складів злочинів, що встановлюють відповідальність обох ключових сторін підкупу;

2) запропонуємо, які із цих видів покарань доцільно передбачити для посередника у підкупі.

Щодо видів покарання у санкціях основних складів злочинів, що утворюють підкуп, маємо таку картину:

– кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права та за підкуп особи, що надає публічні послуги:

надавач – штраф, громадські роботи, обмеження волі, позбавлення волі;

одержувач – штраф, виправні роботи, арешт, обмеження волі, позбавлення волі;

– кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи публічного права:

надавач – штраф, обмеження волі, позбавлення волі;

одержувач – штраф, позбавлення волі.

Зауважимо, що під час диференціації кримінальної відповідальності у статтях 368, 368-3, 368-4, 369 КК України законодавець інколи встановлює безальтернативну санкцію (як-от ч. 2 – 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4, ч. 2 – 4 ст. 369 КК України). Навряд чи такий підхід можна вважати правильним, оскільки практично нівелюється забезпечення принципу індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Таким чином, вважаємо, що у проекті санкцій основних і кваліфікованих складів статті про посередництво у підкупі варто передбачити альтернативні санкції. Щодо вибору конкретних видів покарань, то вважаємо, що вони повинні міститися «посередині» між покараннями, які передбачив законодавець для основних сторін підкупу. Адже і посередник перебуває поміж основних фігурантів підкупу. Саме такий підхід дозволить суду визначити, до кого більше наближений посередник і, за необхідності, обрати більш тяжке покарання для винного.

Вважаємо, що у санкціях за посередництво у підкупі доцільно передбачити такі альтернативні покарання:

– посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права та особи, що надає публічні послуги: штраф, громадські роботи, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк;

– посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права: штраф, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк.

Щодо конкретних розмірів відповідних покарань, то варто констатувати, що вони повинні (аналогічно як і види покарань) перебувати між межами покарань для основних фігурантів підкупу.

Вважаємо, що суспільна небезпека дій посередника у підкупі все ж нижча, ніж суспільна небезпека дій одержувача неправомірної вигоди, а тому межі покарань прив’язуватимемо до мінімального покарання того, що надає неправомірну вигоду. Максимальне покарання повинно бути меншим, ніж максимальне покарання конкретного виду для одержувача неправомірної вигоди.

Використовуючи означений алгоритм, отримуємо таку санкцію:

1. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права – штраф від п’ятдесяти до п’ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; обмеженням волі на строк до трьох років; позбавлення волі на той самий строк.

2. Посередництво у підкупі особи, яка надає публічні послуги, – штраф від сто п’ятдесяти до семисот п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; обмеження волі на строк до чотирьох років; позбавлення волі на той самий строк.

3. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права – штраф від п’ятсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; обмеження волі на строк від двох до п’яти років; позбавлення волі на строк від двох до семи років.

Щодо доцільності передбачення додаткових покарань, зауважимо, що в основних складах підкупу містяться такі додаткові покарання:

ч. 1, ч. 2 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4 КК України – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю;

ч. 3, 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК України – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, конфіскація майна;

ч. 3, 4 ст. 369 КК України – конфіскація майна.

Такий вид додаткового покарання, як позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, законодавець фактично передбачив для потенційного застосування до спеціальних суб’єктів – адресатів неправомірної вигоди. Тому передбачати його для посередника – загального суб’єкта – немає підстав. Однак у кваліфікованому складі посередництва у підкупі, тобто посередництва у підкупі, вчиненого службовими особами юридичних осіб публічного права, такий вид додаткового покарання необхідно встановити.

Доцільність передбачення такого виду додаткового покарання, як конфіскація майна, викликає сумнів. Адже, відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України, конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу. Посередництво у підкупі не завжди є корисливим злочином, оскільки посередник може вчинювати відповідні дії безоплатно.

Зауважимо, що у санкціях всіх без винятку складів злочинів, які утворюють підкуп, було передбачено спеціальну конфіскацію майна. Як відомо, спеціальна конфіскація належить до інших заходів кримінально-правового характеру.

Водночас варто наголосити на тому, що Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення ризиків при її застосуванні» № 770-VIII від 10.11.2015 р., який набув чинності з 26.11.2015 р. (опублікований 25.11.2015 р. у газеті «Голос України» № 221-222), із санкцій статей виключено спеціальну конфіскацію. Враховуючи вказані зміни у диспозиції пропонованої статті «Посередництво у підкупі», теж не варто безпосередньо вказувати про спеціальну конфіскацію. Однак такий вид кримінально-правового впливу повинен застосовуватися до винного відповідно до положень ст. 96-1 КК України. Тому перелік складів злочинів, у випадку вчинення яких застосовується спеціальна конфіскація (у ст. 96-1 КК України), необхідно доповнити пропонованою ст. 369-4 КК України.

Питання, які стосуються караності за посередництво у підкупі, не вичерпуються аналізом видів і розмірів покарань. Тому розглянемо інші форми реалізації кримінальної відповідальності. Зокрема, необхідно з’ясувати, практика судових і правоохоронних органів забезпечує реалізацію цілей покарання, які покарання найчастіше призначають суди, чи винні особи реально відбувають покарання. Оскільки на означені питання можна відповісти, лише аналізуючи сучасна практику, дослідимо кримінальні провадження, у яких фігурує посередник у підкупі. У досліджених нами кримінальних провадженнях дії посередника у підкупі найчастіше кваліфікували як пособництво у наданні неправомірної вигоди. Хоча, як було вказано , дії посередника у низці справ кваліфікували як виконавство надання неправомірної вигоди, організаторство, підбурювання або ж взагалі упускали з уваги.

Щодо форм реалізації кримінальної відповідальності, то на підставі опрацьованих кримінальних проваджень можемо підсумувати таке:

– у 90 % справ наявне призначення покарання, від реального відбування якого особа звільняється (у всіх вивчених випадках застосовувалося звільнення від покарання з випробуванням);

– у 10 % справ – реальне відбування покарання.

Задля об’єктивності дослідження зауважимо, що у тих випадках, коли йшлося про реальне відбування покарання, суд вирішував питання про призначення покарання за сукупністю злочинів або ж за сукупністю вироків. А тому, якщо йдеться про кваліфікацію дій особи, яка вчинила лише посередницькі дії у підкупі, то фактично у всіх випадках суд застосовував звільнення від покарання з випробуванням.

Щодо видів покарань, які були призначені судом у аналізованих нами кримінальних провадженнях, то варто констатувати, що у 80 % випадків судом було застосовано покарання у вигляді позбавлення волі, а лише у 20 % випадків – покарання у вигляді обмеження волі.

Як ми зазначали, обґрунтовуючи доцільність передбачення тих чи інших покарань у санкції пропонованої статті про посередництво у підкупі, вважаємо, що й інші покарання, як-от штраф, обмеження волі, здатні вплинути на винного і досягнути цілей покарання. Видається, що абсолютна перевага у застосуванні покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, від відбування якого винний практично завжди звільняється із випробуванням, є безпідставною.

Очевидно, що законодавець, побачивши картину щодо тотального застосування звільнення від покарання із випробуванням, здійснив радикальний крок, обмеживши можливість застосування такого виду звільнення від покарання за корупційні злочини (ч. 1 ст. 75 КК України). Загалом погоджуючись із зауваженнями науковців про певні недоліки такого безпосереднього обмеження можливості застосування тих чи інших видів звільнення від покарання за корупційні злочини, вважаємо, що у перехідний період, коли держава намагається всіма можливими способами побороти тотальну корупцію, такий крок законодавця є виправданим. Аналіз судової практики, який свідчить про фактично абсолютне звільнення від відбування покарання у вигляді позбавлення волі із випробуванням, вказує, що механізм боротьби із корупцією шляхом застосування покарання має явні недоліки.

## Висновки до розділу 3

Розділ XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг» потрібно доповнити новою статтею «Посередництво у підкупі».

Безпосереднім об‘єктом «Посередництва у підкупі» є нормальна службова діяльність щодо забезпечення авторитету відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного чи приватного права, осіб, що надають публічні послуги.

Предметом «Посередництва у підкупі» є неправомірна вигода. Цінності, які можуть виступати неправомірною вигодою, необхідно розділити на дві групи: цінності грошового і негрошового характеру. Здійснювати поділ на матеріальні і нематеріальні цінності недоцільно, оскільки, як засвідчило дослідження, більшість так званих нематеріальних цінностей мають вартісну оцінку і можуть бути виражені у грошовому еквіваленті. Законодавець же ставив перед собою завдання охопити поняттям неправомірної вигоди всі цінності, якими можна підкупити особу, зокрема цінності негрошового характеру. Грошові кошти, інше майно, нематеріальні активи, послуги, пільги, частина переваг мають вартісне вираження, а отже є неправомірною вигодою грошового характеру.

Предметом фізичного і інтелектуального «Посередництва у підкупі» може бути неправомірна вигода у різному вигляді, зокрема предметом фізичного посередництва можуть виступати негрошові цінності.

Суспільно небезпечне діяння у складі посередництва у підкупі може набувати двох форм: фізичне і інтелектуальне посередництво. Фізичне посередництво полягає у посередництві в обіцянні, пропонуванні, наданні або одержанні неправомірної вигоди, а інтелектуальне посередництво –у будь-якій іншій діяльності, що сприяє у наданні та (одержанні) неправомірної вигоди. Більш чітко визначати інтелектуальне посередництво недоцільно, оскільки перелічити його прояви неможливо.

Діяльність фізичного посередника полягає у виконанні ним виключно технічної функції в механізмі передавання неправомірної вигоди. Найчастіше функція зводиться до фактичного переміщення предмета злочину з володіння особи, що надає неправомірну вигоду, у володіння її одержувача.

Якщо діяльність фізичного посередника часто нагадує дії пособника, то діяльність інтелектуального посередника нагадує дії організатора.

Способи інтелектуального посередництва варто розділити на дві групи:

1) сприяння підкупу на стадії досягнення домовленості про подальшу передачу неправомірної вигоди;

2) сприяння підкупу на стадії реалізації такої домовленості.

Якби законодавець не визнавав обіцянку, пропозицію неправомірної вигоди і їхнє прийняття закінченими посяганнями, діяння особи, яка б намагалася налагодити контакт між сторонами корупційної угоди, кваліфікувалися б як готування до «Посередництва у підкупі». Однак, дотримуючись іншої позиції щодо визначення моменту закінчення означених дій, яку обстоює вітчизняний законодавець, варто констатувати, що посередництво в обіцянні або ж пропонуванні неправомірної вигоди без реалізації подальшої передачі неправомірної вигоди самі собою повинні утворювати закінчений склад злочину.

У диспозиції статті про посередництво у підкупі можна використовувати збірний термін «підкуп». Цей термін уже використовується законодавцем у тексті КК України і може слугувати об’єднуючим поняттям, яке допоможе об’єднати такі прояви діяльності із неправомірною вигодою, як обіцянка, пропозиція, їх прийняття, надання та одержання неправомірної вигоди.

Посередником у підкупі може виступати будь-яка особа, яка наділена загальними ознаками суб’єкта злочину. Тобто суб’єктом «Посередництва у підкупі» фактично може виступати фізична осудна особа, яка досягнула 16-річного віку. Диференціацію кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі доцільно здійснити за ознакою спеціального суб’єкта, визначивши вчинення посередницьких дій у підкупі службовою особою юридичної особи публічного права кваліфікованим складом злочину.

Диференціювати кримінальну відповідальність за «Посередництво у підкупі» за ознакою вчинення злочину «групою осіб» недоцільно. Адже існування групи є обов’язковою конститутивною ознакою ланцюга, в якому однією з ланок виступає посередник у підкупі. Існування поряд із посередником інших посередників не підвищує суспільної небезпечності вчиненого посягання настільки, щоб цю ознаку передбачити як кваліфікуючу.

«Посередництво у підкупі» може бути вчинено лише з прямим умислом, оскільки винний усвідомлює суспільну небезпечність своїх дій та бажає їх вчинити.

Під час кримінально-правової кваліфікації дій удаваного посередника необхідно враховувати таке:

дії удаваного посередника не можна кваліфікувати як «Посередництво у підкупі», оскільки він з самого початку мав намір заволодіти тими цінностями, які передавалися як неправомірна вигода, шляхом обману;

дії удаваного посередника слід кваліфікувати як шахрайство;

дії особи, яка намагалася передати неправомірну вигоду, варто кваліфікувати як замах на надання неправомірної вигоди;

дії «удаваного посередника», за наявності всіх ознак складу злочину, слід ще кваліфікувати як підбурювання до замаху на надання неправомірної вигоди.

У новій статті, яка би стосувалася кримінальної відповідальності посередника у підкупі, доцільно передбачити заохочувальну норму. Серед спеціальних підстав для звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі необхідно передбачити добровільне повідомлення про вчинення суб’єктом відповідного злочину до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру та активне сприяння розкриттю злочину, вчиненого особами, які надали та (або) одержали, пообіцяли, запропонували чи прийняти пропозицію або обіцянку одержання неправомірної вигоди.

З огляду на викладене, пропоновану кримінально-правову статтю потрібно викласти у такій редакції:

«Стаття 369-4. Посередництво у підкупі

1. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права, тобто посередництво у пропонуванні, обіцянні, наданні та одержанні неправомірної вигоди, – карається штрафом від п’ятдесяти до п’ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Посередництво у підкупі особи, яка надає публічні послуги, – карається штрафом від сто п’ятдесяти до семисот п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права – карається штрафом від п’ятсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п’яти років або позбавленням волі на строк від двох до семи років.

4. Діяння, передбачені частинами першою, другою та третьою цієї статті, вчинені службовою особою юридичної особи публічного права, – караються штрафом від п’ятсот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п’яти років або позбавленням волі на строк від трьох до семи років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

5. Особа, яка вчинила посередницькі дії у підкупі, тобто вчиненні злочинів, передбачених статтями 368, [368-3](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2605), [368-4](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2617), [369](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2628)  цього Кодексу, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особами, які надали, одержали, пообіцяли, запропонували чи прийняли пропозицію або обіцянку одержання неправомірної вигоди. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у частині четвертій [статті 18](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n85) цього Кодексу.

# 

# ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення та нове вирішення наукової задачі, що виявилася у комплексному дослідженні кримінальної відповідальності посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди. Аргументовано доцільність виділення окремої статті КК України, яка би передбачала кримінальну відповідальність за «Посередництво у підкупі». Детальний аналіз цієї проблематики дозволив сформулювати низку узагальнюючих висновків.

1. Встановлено, що посередницька діяльність у підкупі – це діяльність, яка спрямована на організаційне, інформаційне, інтелектуальне, технічне, фізичне та будь-яке інше сприяння в укладенні корупційної угоди між її основними сторонами.

Після приведення положень чинного КК України у відповідність із ратифікованими Україною міжнародно-правовими актами, що стосуються боротьби з корупцією, у теорії кримінального права доцільно оперувати об’єднувальним родовим поняттям – «посередництво у підкупі». Законодавець суттєво розширив коло діянь із неправомірною вигодою, які визнаються злочинними. Об’єднувальне збірне поняття «підкуп» здатне охопити всі ці діяння. Поняття надання та одержання неправомірної вигоди після внесення численних змін у КК України можуть чітко відображати лише сторін корупційної угоди, однак вони не включають у себе інших злочинних діянь із неправомірною вигодою, і, очевидно, вже не здатні об’єднати їх. Натомість поняття «підкуп» може виступити таким об’єднувальним терміном.

2. З’ясовано, що серед наукових позицій потрібно виокремити такі підходи до розуміння посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди:

1) розуміння посередництва як особливого виду співучасті у злочинах, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди:

1.1) як виконавця основних складів злочинів, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди;

1.2) або як підбурювача, або як організатора, або як пособника в основних складах злочинів, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди;

1.3) лише як пособника в основних складах злочинів, пов’язаних із переходом неправомірної вигоди;

2) розуміння посередництва як одного з елементів так званого складного складу злочину;

3) розуміння посередництва як окремого складу злочину, який потребує самостійного виділення в окремій статті Особливої частини КК:

3.1) нова норма повинна об’єднати лише ті випадки посередництва у підкупі, які не охоплюються інститутом співучасті;

3.2) нова норма повинна об’єднати всі випадки посередництва у підкупі: і ті, що мають всі ознаки співучасті, і ті, які виходять за межі інституту співучасті.

3. З’ясовано, що за правовою природою посередництво у підкупі частково охоплюється інститутом співучасті. Однак низка посередницьких дій залишається поза межами кримінально-правового регулювання. З огляду на це, найбільш аргументованим науковим підходом до кримінально-правової оцінки посередництва у підкупі є третій підхід, відповідно до якого обґрунтовано необхідність виокремлення окремої статті, яка встановлювала би кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі.

Наголосимо, що таке доповнення не можна назвати криміналізацією відповідних дій, оскільки частина таких дій є кримінально караними й сьогодні. Однак таке доповнення дозволить усунути прогалину щодо кримінально-правової оцінки дій посередників у підкупі, якщо їхня діяльність знаходиться за межами інституту співучасті.

Доведено, що у новій статті потрібно встановити кримінальну відповідальність за всі можливі прояви посередництва у підкупі, незалежно від виду посередництва (фізичне або інтелектуальне), співвідношення відповідних дій з інститутом співучасті.

4. Визначено основні ознаки пропонованого складу злочину «Посередництво у підкупі»:

– безпосереднім об’єктом «Посередництва у підкупі» є нормальна службова діяльність у частині забезпечення авторитету відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного чи приватного права, осіб, що надають публічні послуги;

– предметом посередництва у підкупі є неправомірна вигода. Коло цінностей, що можуть бути предметом неправомірної вигоди, варто поділити на дві групи: цінності грошового характеру (мають оцінку у грошовому еквіваленті) та цінності негрошового характеру (не мають оцінки у грошовому еквіваленті). Оперувати термінами і ділити неправомірну вигоду на матеріальну і нематеріальну видається неправильним, оскільки у вітчизняному законодавстві низка цінностей, які мають нібито нематеріальний характер (як от нематеріальні активи, послуги), фактично за змістом є грошовими цінностями;

– щодо суспільно небезпечного діяння у посередництві у підкупі – обґрунтовано доцільність криміналізації посередництва не лише у наданні або ж одержанні неправомірної вигоди, а й посередництва у обіцянні або ж пропонуванні неправомірної вигоди;

– водночас визнавати закінченим злочином інші діяння – обіцянку або пропозицію посередництва у підкупі – недоцільно. Такі дії ще не можна відносити до якогось із етапів «укладення корупційної угоди», оскільки вони не мають такого ступеня суспільної небезпечності, щоби визнаватися закінченим злочином;

– суб’єктом «Посередництва у підкупі» є фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку;

– із суб’єктивної сторони «Посередництво у підкупі» характеризується виною у формі умислу (вид умислу – прямий).

5. Доведено необхідність диференціації кримінальної відповідальності за «Посередництво у підкупі» за ознакою адресата такої неправомірної вигоди; за ознакою вчинення означених дій службовою особою юридичної особи публічного права. Диференціювати кримінальну відповідальність за ознакою вчинення злочину групою осіб не слід, оскільки підкуп сам собою передбачає обов’язкову наявність кількох сторін корупційної угоди.

6. Сформульовано спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі – добровільне повідомлення про вчинені дії (йдеться про повідомлення за власною волею, повідомлення, яке адресоване органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру). Звільнення від кримінальної відповідальності за посередництво у підкупі не слід застосовувати у тих випадках, коли пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у ч. 4 ст. 18 КК України.

Ґрунтуючись на результатах дослідження, розроблено проект статті, яка би передбачала кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі, та запропоновано викласти її у такій редакції:

«Стаття 369-4. Посередництво у підкупі

1. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права, тобто посередництво у пропонуванні, обіцянні, наданні та одержанні неправомірної вигоди, – карається штрафом від п’ятдесяти до п’ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до чотирьох років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Посередництво у підкупі особи, яка надає публічні послуги, – карається штрафом від сто п’ятдесяти до семисот п’ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права – карається штрафом від п’ятсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п’яти років або позбавленням волі на строк від двох до семи років.

4. Діяння, передбачені частинами першою, другою та третьою цієї статті, вчинені службовою особою юридичної особи публічного права, – караються штрафом від п’ятсот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п’яти років або позбавленням волі на строк від трьох до семи років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

5. Особа, яка вчинила посередницькі дії у підкупі, тобто вчиненні злочинів, передбачених статтями 368, [368-3](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2605), [368-4](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2617), [369](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2628) цього Кодексу, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особами, які надали, одержали, пообіцяли, запропонували чи прийняли пропозицію або обіцянку одержання неправомірної вигоди. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у частині четвертій [статті 18](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n85) цього Кодексу».

Окрім цього, потрібно серед переліку злочинів, за які застосовується спеціальна конфіскація у ст. 96-1 КК України, вказати пропоновану ст. 369-4 («Посередництво у підкупі»).

# 

# СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Аветисян С.С. Соучастие в преступлениях со специальным составом: теория и практика правового регулирования: автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / С.С. Аветисян. – М., 2005. – 39 c. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://law.edu.ги/Ьоок/Ьоок.а5р?ЬоокГО=1186048, 29.
2. Акрам Трад Аль-Фаїз. Відповідальність за хабарництво за кримінальним законодавством Йорданії і України (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Акрам Трад Аль-Фаїз. – К., 2002. – 16 с.
3. А.Л. К вопросу о пределах применения ст. 114-1 УК / А.Л. // Вестник советской юстиции. – 1924. – № 12.
4. Андрушко П.П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: [навч. посіб.] / П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 342 с.
5. Аникин А. Посредничество при взяточничестве / А. Аникин // Законность. – 2009. – № 3. – С. 18–20.
6. Аникин А.А. Взяточничество как коррупционное преступление и меры противодействия ему: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / А.А. Аникин. – Владивосток, 2009. – 29 с.
7. Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: [монографія] / Н.О. Антонюк; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – Львів: ПАІС, 2008. – 216 c.
8. Антонюк Н.О*.* Кримінально-правова охорона власності: [навч. посібник] / Н.О. Антонюк. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
9. Артеменко Н.В. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ / Н.В. Артеменко, А.М. Минькова // Журнал российского права. – 2004. – № 11. – С. 48–54. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.juristlib.ru/book_2985.html>.
10. Арутюнов А.А. Системная теория соучастия / А.А. Арутюнов // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book\_1541.html.
11. Багавудинов Ш.Г. Посредничество во взяточничестве как уголовно. наказуемое деяние по российскому уголовному праву / Ш.Г. Багавудинов // Вестник Юридического института МИИТ. – 2013. – № 3. – С. 39–58.
12. Багрий-Шахматов Л.В. Уголовно-правовые и криминологические проблемы коррупции, теневой экономики и борьбы с ними: [монография] / Л.В. Багрий-Шахматов. – О.: Латстар, 2001. – 530 с.
13. Бажанов Н.И. Некоторые вопросы ответственности за взяточничество по новому Уголовному кодексу Украины // Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. семінару (11–12 трав. 2001 p.). – X., 2003. – С. 36–40.
14. Бажанов Н.И. Уголовное право Украины. Общая часть / Н.И. Бажанов. **–** Днепропетровск: Пороги, 1992. – 167 с.
15. Безлепкин Б.Т. Настольная книга судьи по уголовному процессу. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2008. – 304 с. // СПС «Консультант плюс» / Б.Т. Безлепкин [Электронный ресурс].– Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons\_doc\_CMB\_15814/
16. Безпалий Т. Яким чином буде визначатися готування до злочину і обіцянка надання неправомірної вигоди? / Т. Безпалий [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.voxlegum.com/member/publication/yakim-chinom-bude-viznachatisya-gotuvannya-do-zloc/
17. Борков В. Новая редакция норм об ответственности за взяточничество: проблемы применения / В. Борков // Уголовное право. – 2011. – № 4. – С. 9–14.
18. Брич Л.П. Про проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення / Л.П. Брич // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції 13–15 квітня 2007 р. – У 2-х ч. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – Ч. 2. – 338 с. – C. 29–32.
19. Буранов Г.К. Наказуемость получения и дачи взятки, посредничества во взяточничестве / Г.К. Буранов // Российская юстиция. – 2012. – № 2. – С. 30–32.
20. Буранов Г.К. Ответсвенность за посредничество во взяточничестве / Г.К. Буранов // Симбирский научный вестник. – 2012. – № 1 (7). – С. 107–110.
21. Бурдін В.М. Пропозиція хабара: диференціація кримінальної відповідальності чи криміналізація наміру? / В.М. Бурдін // Науковий вісник ЛьвДУВС. Серія юридична. – Вип. 4. – 2011. – С. 234–251.
22. Бурчак Ф.Г. Соучастие: социальные, криминологические и правовые проблемы: [монография] / Ф.Г. Бурчак. – К.: Вища шк., 1986. – 208 с.
23. Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву / Ф.Г. Бурчак; отв. ред.: И.П. Лановенко. – К.: Наук. думка, 1969. – 216 c.
24. Васецов А*.* Соучастие ипосредничество во взяточничестве / А. Васецов *//* Советская юстиция*. – 1986. – № 1. – С. 11–13.*
25. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
26. Вирок Вінницького міського суду Вінницької області. Справа № 127/21739/13-к. 1-кп/127/816/13 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34231287>;
27. Вирок Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області. Справа № 473/3088/14-к. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/42624290.
28. Вирок Голосіївського районного суду м. Києва. Справа № 752/3872/14-к. Провадження №: 1-кп/752/231/14. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38408160>.
29. Вирок Городоцького районного суду Львівської області. Справа № 441/2066/14-к 1-кп/441/5/2015 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45862094.
30. Вирок Зарічного районного суду м. Суми. Справа № 591/2858/13-кПровадження № 1-кп/591/121/13 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30562566>.
31. Вирок Зміївського районного суду Харківської області (Справа №621/1449/14-к; Пр. №1-кп/621/13/15 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43809467.
32. Вирок Київського районного суду м. Харкова. Справа № 640/7214/14-к; н/п 1-кп/640/343/14 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39524805.
33. Вирок Конотопського міськрайонного суду Сумської області. Справа № 577/644/13-к. Провадження № 1-кп/577/53/13 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29370846>.
34. Вирок Лохвицького районного суду Полтавської області. Справа № 1-63/11. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/18958685.
35. Вирок Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області Справа № 320/7908/13-к. Провадження №1-кп/320/418/13. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35449029>.
36. Вирок Оболонського районного суду м. Києва. Справа № 2605/17692/12 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/37751012.
37. Вирок Соснівського районного суду м. Черкаси. Справа № 712/11516/14-к. Провадження № 1кп/712/504/14 / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41615988>.
38. Вирок Теребовлянського районного суду. Справа № 1-85/2008 р. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2248141.
39. Вирок Ульяновського районного суду Кіровоградської області. Справа № 402/906/13-к. / Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42529384>.
40. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» № 2802 від 15 квітня 2013 // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46598>
41. Волженкин Б.В. Служебные преступления: [монография] / Б.В. Волженкин. – М.: Юристъ, 2000. – 368 c.
42. Волженкин Б.В. Квалификация посредничества во взяточничистве / Б.В. Волженкин // Советская юстиция. – 1971. – № 21. – С. 22–23.
43. Волженкин Б.В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963-2007 г.г.). / Б.В. Волженкин. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 971 с.
44. Вышинский А. Еще раз о ст. 114-а УК / А. Вишинский // Еженедельник советской юстиции. – 1923. – № 29. – С. 654–655.
45. Гарбатович Д.А. Посредничество во взяточничестве: преобразованный вид пособничества / Д.А. Гарбатович // Уголовное право. – 2011. – № 5. – С. 4–7.
46. Гнатів І.М. Правова природа складених злочинів крізь призму принципу «non bis in idem» / І.М. Гнатів // Часопис академії адвокатури України. – № 14. – (1\*2012). – С. 1–4.
47. Гребенюк Р.А. Актуальные проблемы квалификации взяточничества // Р.А. Гребенюк / Труды юридического факультета Ставропольского государственного университета: сборник научных трудов. – Ставрополь: Сервисшкола. – 2004. – Вып. 7. – С. 93–96.
48. Гребенюк Р.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / Р.А. Гребенюк. – Ставрополь, 2004. - 28c.
49. Гришаев П.И. Соучастие по советскому уголовному праву: [монография] / П.И. Гришаев, Г.А. Кригер. – М.: Госюриздат, 1959. – 255 c.
50. Грищук В.К. Кримінальне право України: Загальна частина: навч. посібник для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. / В.К. Грищук. – К.: Ін Юре, 2006. – 568 с.
51. Грошев А.В. Ответственность за взяточничество (вопросы теории и практики): [монография] / А.В. Грошев. – Краснодар, 2008. – 332 с.
52. Грудзур О. Посередництво в хабарництві: кримінально-правовий аспект / О. Грудзур // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 136–138.
53. Гюнтер А.Р. Должностные преступления: [монография] / А.Р. Гюнтер. – Х.: Юрид. изд-во наркомюста УССР, 1928. – 83 с.
54. Дагель П.С. Условия установления уголовной наказуемости / П.С. Дагель // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 68–74.
55. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского язика. В 4-х т. Том III. П–Р. – 1882. – М.: ОЛМА-ПРЕСС. – 2001. – 576 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://books.google.com.ua/books?id=qEQPw7r9gC&printsec=frontcover&source=gbs\_navlinks\_s&hl=uk#v=onepage&q&f=false.
56. Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.О. Дудоров. – К., 1994. – 23 с.
57. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / О. О. Дудоров; перед. сл. д-ра юрид. наук. проф. В.О. Навроцького; Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.
58. Дук В. Посредничество во взяточничестве / В. Дук // Профессионал. – № 2. – 2013. – С. 36–38.
59. [Егоров](http://sum.in.ua/p/7/316/2) А.В. Посредничество в законодательстве и доктрине гражданского права / А.В. Егоров. – М., 2001. – 25 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\_03\_19\_013.pdf
60. Егорова Н.А. Уголовная ответственность за посредничествово взяточничестве / Н.А. Егорова, А.С. Икрянникова. // Вестник Волгоградской академии МВД России. – 2011. – № 4. – С. 69–74.
61. Євромайдан [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uk.wikipedia.org/wiki/Євромайдан.
62. Жижиленко А.А. Должностные (служебные) преступления: Глава III Уголовного кодекса: практический комментарий / А.А. Жижиленко. – М.: Право и жизнь, 1927. – 100 с.
63. Задорожний А.А. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері службової діяльності / А.А. Задорожний // Право і Безпека. – 2012. – № 2 (44). – С. 105–111.
64. Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / К.П. Задоя. – К., 2009. – 16 с.
65. Закон «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1700-18.
66. Закон Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції від 12.02.2015 р. № 198-VIII // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/198-19/paran29#n29>.
67. Закон України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки» від 14.10.2014 № 1699-VII // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1699-18.
68. Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 07.04.2011 № 3206-VI // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3206-17.
69. Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 року (Ст. 10, 15, 16) // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/137/98-%D0%B2%D1%80.
70. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация: [монография] / Здравомыслов Б.В. – М.: Юридическая литература, 1975. – 168 c.
71. Здравомыслов Б.В. Квалификация взяточничества: [учеб пособие] / Б.В. Здравомыслов. – М., 1991. – 89 с.
72. Злобин Г.А. Основания и принципы уголовно-правового запрета / Г.А. Злобин // Советское государство и право. – 1980. – № 1. – С. 70–76.
73. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг. Основні склади злочинів за Розділом ХVIІ Особливої частини КК: альбом схем / А.В. Байлов, Я.О. Лантінов; за заг. ред. Я.О. Лантінова. – Х.: Харків юридичний, 2012. – 32с.
74. Зубкова В.И. Некоторые вопросы квалификации посредничества во взяточничестве / В.И. Зубкова, И.М. Тяжкова // Вестник Моск. ун-та. Серия 11, Право. – 2001. – № 3. – С. 47–56.
75. Калатози Д.Г. Посредничество во взяточничестве: проблемы теории и правоприменения / Д.Г. Каталози // Политика, государство и право. – 2012. – № 8. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://politika.snauka.ru/2012/08/475.
76. Кантимир А.И. Объективные и субъективные признаки необходимого соучастия в преступлении / А.И. Кантимир // Общество и право. – Выпуск № 5 (32). – 2010. – С. 107-112. [Электронный ресурс]. – [Режим доступа: http://cyberleninka.ru/article/n/obektivnye-i-subektivnye-priznaki-neobhodimogo-souchastiya-v-prestuplenii](http://cyberleninka.ru/article/n/obektivnye-i-subektivnye-priznaki-neobhodimogo-souchastiya-v-prestuplenii).
77. Капинус О.С. Изменения в законодательстве о должностных преступлениях: вопросы квалификации и освобождения взяткодателя от ответственности / О.С. Капинус // Уголовное право. – М.: АНО «Юридические программы». – 2011. – № 2. – С. 21–26.
78. Качмазов О.Х. Ответственность за взяточничество по российскому уголовному праву: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / О.Х. Качмазов. – М., 1999. – 224 c.
79. Качмазов О.Х. Ответственность за взяточничество по российскому уголовному праву / О.Х. Качмазов; науч. ред.: А.И. Рарог. – Владикавказ: Иристон, 2000. – 216 c.
80. Качмазов О.Х. Некоторые особенности соучастия во взяточничестве / О.Х. Качмазов, Е.С. Цориева // Бюллетень Владикавказского института управления. – 2006. – № 18. – С. 198–203.
81. Кваша О.О. Посередництво у хабарництві як особливий вид співучасті у злочині / О.О. Кваша // Держава і право. – 2011. – Вип. 53. – С. 494–500.
82. Кваша О.О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: [монографія] / О.О. Кваша. – К., 2013. – 560 с.
83. Квициния А.К. Взяточничество и борьба с ним: [монография] / А.К. Квициния. – Сухуми: Алашара, 1980. – 183 с.
84. Квициния А.К. Должностные преступления: [монография] / А.К. Квициния. – М.: Российское право, 1992. – 223 с.
85. Кирись Б.О. Окремі проблеми кримінальної відповідальності за співучасть у хабарництві / Б.О. Кирись // Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: міжнародний симпозіум (23–24 вересня 2011 р.): збірник праць. – Львів, 2011. – 494 c. – С. 180–183. [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.big-lib.com/book/63\_Kriminalnii\_kodeks\_Ykraini\_\_\_10\_rokiv\_ochikyvan\_T/6788\_OKREMI\_PROBLEMI\_\_KRIMINALNOI\_VIDPOVIDALNOSTI\_\_ZA\_SPIVYChAST\_Y\_HABARNICTVI\_.
86. Клименко В. Посередництво як форма співучасті у вчиненні злочину (питання криміналізації) / В. Клименко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 10. – С. 129–132.
87. Козлов А.П. Соучастие: традиции и реальность: [монография] / А.П. Козлов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – 362 c.
88. Конвенція Організації Об’єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\_c16
89. Кондрашова Т.В. Уголовная ответственность за взяточничество: [учебное пособие] / Т.В. Кондрашова. – Екатеринбург, 2003. – 72 с.
90. Коржанский Н.И. Предмет преступления (понятие, виды и значение для квалификации): учебное пособие / Н.И. Коржанский. – Волгоград: НИиРИО ВСШ МВД СССР, 1976. – 56 c.
91. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів: [навчальний посібник] / Н.И. Коржанский. – 2-е вид. – К.: Атіка, 2002. – 640 с.
92. Коробейников Б.В. Ответственность за взяточничество / Б.В. Коробейников, М.Ф. Орлов // Советская юстиция. – 1970. – № 20. – С. 20–22.
93. Корупція та регулювання підприємницької діяльності в Україні : митні процедури та транспортування товарів // Звіт за результатами соціологічних досліджень. – Київ, 2007-2009. – 44с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.acrc.org.ua/assets/files/zvity\_ta\_doslidzhennya/ Customs\_Report\_2007\_2009\_Uk\_FINAL.pdf.
94. Кошаева Т.О. Ответственность за взяточничество по уголовному законодательству Российской Федерации / Т.О. Кошаева // Журнал российского права. – М.: Норма. – 2013. – № 6. – С. 25–31.
95. Крайник Г.С. Неправомірна вигода як предмет корупційних злочинів в Україні / Г.С. Крайник // Питання боротьби зі злочинністю. – 2014. – Випуск 27. – С.192–201.
96. Краснопеева Е. Квалификация посредничества и соучастия во взяточничестве / Е. Краснопеева // Взяточничество и смежные составы преступлений. Семинар для адвокатов: подборка материалов. – М. – 2003. – С. 47–50.
97. Краснопеева Е. Квалификация посредничества и соучастия во взяточничестве / Е. Краснопеева // Законность. – 2002. – № 2. – С. 35–37. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.lawmix.ru.
98. Кримінальна відповідальність за посадові злочини / [В.А. Клименко, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк] // Коментар до Закону України «Про боротьбу з корупцією». – К.: Бліц-Інформ, 1996. – 512 с.
99. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\_101.
100. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – Т. 2. – 780 с.
101. 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-є, перероб. та доп.]. – К.: Юрид. думка, 2004. – 352 с.
102. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для юрид. вузів і фак. / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; за ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Х.: Право, 1997. – 368 с.
103. Кримінальне право: навчальний посібник / О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.
104. Кримінальне право України. Особлива частина: [підручник] / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін. / за ред М. І. Мельника. – 2-ге вид. – К.: Атіка, 2008. – 712 с.
105. Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. / за ред. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 892 с.
106. Кримінальне право України: Особлива частина: підруч. / за ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – [2-е вид., перероб. і доп]. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.
107. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – 1121 с.
108. Кримінальний кодекс України: наук.-практ. комент.: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін., 2013. – 1040 с.
109. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/234114?test=dCCMfOm7xBWMFgtEZiAgWEWvHdlf2sFggkRbI1c
110. Кримінальний кодекс України від 28.12.1960 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2001-05>.
111. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.
112. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.І. Крупко; Академія адвокатури України. – К., 2005. – 20 с.
113. Крылов Е. Борьба с коррупцией методом проб и ошибок / Е. Крылов // ЭЖ-Юрист. – 2011. – № 20. – С. 7.
114. Курс советского уголовного права. Часть особенная. Т. 4 / Беляев Н.А., Глистин В.К., Лейкина Н.С., Лясс Н.В. и др.; отв. ред.: Беляев Н.А. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1978. – 558 c.
115. Курс советского уголовного права. Т. 5 / Беляев Н.А., Водяников Д.П., Глистин В.К., Грабовская Н.П. и др.; отв. ред.: Беляев Н.А. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1981. – 654 c.
116. Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество по советскому уголовному праву: [монография] / Н.П. Кучерявый. – М., 1957. – 186 с.
117. Кушпіт В.П. Кримінально-правова характеристика підкупу особи, яка надає публічні послуги / В.П. Кушпіт // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 801. – С. 202–211. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vnulpurn\_2014\_801\_37.pdf.
118. Лаптеакру В.Д. Уголовно-правовые меры борьбы с коррупцией: [монография] / В.Д. Лаптеакру. – Кишинеу, 1999. – 70 с.
119. Лопашенко Н.А. Взяточничество: проблемы квалификации / Н.А. Лопашенко // Правоведение. – 2001. – № 6. – С. 105–116 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=173389.
120. Лукомський В.С. Кримінальна відповідальність за дачу хабара та посередництво в хабарництві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.С. Лукомский. – К., 1996. – 28 с.
121. Лупенков А.В. К вопросу о посредничестве в даче и получении взятки / А.В. Лупенков // Юридическая наука и правоохранительная практика – 2010. – № 3 (13). – С. 102–107.
122. Лупенков А.В. Некоторые вопросы соучастия во взяточничестве / А.В. Лупенков // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2011. – № 2. – С. 118–120.
123. Лысов М.Д. Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву: [монография] / М.Д. Лысов. – Казань, 1972. – 176 с.
124. Маркс К. Твори / К. Маркс, Ф. Енгельс. – М., 1962. – Т. 26, ч. 1. – 476 с.
125. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / Г. В. Андрусів [та ін]; ред. П. С. Матишевський [та ін]; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка; Юридичний факультет. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 891 с.
126. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студ. юрид. вищ. навч. закладів і ф-тів / П.С. Матишевський. – К.: А.С.К., 2001. – 347 с.
127. Мельник М. Антикорупційне законодавство України: досвід застосування та проблеми вдосконалення / М. Мельник // Юридична Україна. – 2003. – № 6. – С. 64–69.
128. Мельник М.І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції: дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / М.І. Мельник. – К., 2002. – 506 с.
129. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблема кваліфікації, удосконалення законодавства: [монографія] / М.І. Мельник. – К., 2000. – 255с.
130. Мельникова В.Е. Ответственность за взяточничество: [монография] / В.Е. Мельникова. – М.: ВЮЗИ, 1982. – 56 с.
131. Минц П.М. Курс уголовного права. Т. II / П.М. Минц. – Рига, 1928. – 876 с.
132. Мисливий В.А. Пропозиція хабара: злочин чи виявлення умислу? / В.А. Мисливий // Юридичний вісник України. – 2010. – 2–15 січня. – № 1–2.
133. Михайленко Д.Г. Тенденції щодо визначення поняття корупції та її співвідношення з хабарництвом / Д.Г. Михайленко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Вип. 45 / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – О.: Юрид. л-ра, 2009. – С. 352–357.
134. Михайленко Д.Г. Кваліфікація посередництва в хабарництві / Д.Г. Михайленко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць. – Вип. 44 / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю.М. Оборотов. – О.: Юрид. л-ра, 2008. – С. 276–283.
135. [Михайленко Д. Г. Кримінально-правова характеристика хабара](http://zavantag.com/docs/1482/index-40293.html) / Д.Г. Михайленко // Актуальні проблеми держави та права: зб. наук. праць. – О., 2009. – № 47. – С. 62–69.
136. Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної 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; Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 264 с.
137. Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Д.Г. Михайленко; Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 16 с.
138. Модельный УК для государств-участников СНГ // Правоведение. – 1996. – № 1. – С. 88–150.
139. Моисеенко М. Отличие физического посредничества во взяточничестве от дачи взятки / М.Моисеенко Р.Шарапов // Уголовное право. – М.: АНО «Юридические программы». – 2013. – № 1. – С. 71–77.
140. Моисеенко М.И. Актуальные вопросы уголовной ответственности за посредничество во взяточничестве / М.И. Моисеенко // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2012. – № 4. – С. 45–55.
141. Навроцький В.О. Злочини проти власності: лекції для студ. юрид. фак. / В.О. Навроцький; Львівський держ. ун-т ім. І. Франка. – Львів, 1997. – 80 с.
142. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина: [курс лекцій] / В.О. Навроцький. – К.: Знання, КОО, 2000. – 771 с.
143. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: [навч. посібник] / В.О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
144. Новицький Г.В. Поняття і форми співучасті у злочині за кримінальним правом України: наук.-практ. посіб. / Г.В. Новицький. – К.: Вища шк., 2001. – 96 с.
145. О судебной практике по делам о взяточничестве: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 23.09.77 г. № 16 // Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1977. – № 6.
146. О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6 от 10.02.2000 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.supcourt.ru/print_page.php?id=1106>.
147. О судебной практике по делам о взяточничестве: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 23 сент. 1977 г. № 16 (п. 4) // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924-1977 гг.). Ч. 2. – М., 1981. – 285 с.
148. Папиашвили Ш.Г. Должностные преступления в теории уголовного права, в законодательстве и судебной практике / Ш.Г. Папиашвили. – Тбилиси: Изд-во Тбил. ун-та, 1988. – 303 с.
149. Папиашвили Ш.Г. Проблема должностных преступлений и борьбы с ними по советскому уголовному праву и судебной практике: автореф. дисс. на соискание науч. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Ш.Г. Папиашвили. – Тбилиси, 1983. – 53 с.
150. Пинаев А. Ответственность за соучастие в даче взятки / А. Пинаєв. – Советская юстиция. – 1972. – № 21. – С. 26–27.
151. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву: [монография] / А.А. Пионтковский. – М.: Госюриздат, 1961. – 653 с.
152. Підопригора О.А. Цивільне право: підручник для студентів юрид. вузів та факультетів / О.А. Підопригора. – К.: Вентурі, 1997. – 480 с.
153. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.
154. Познышев С.В. Учебник уголовного права. Очерк основных начал науки уголовного права. Особенная часть / С.В. Познышев. – М.: Наркомюст, 1923. – 296 с.
155. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про хабарництво» № 12 від 07.10.94 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-94.
156. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26.04.2002 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02.
157. Ризак Я.В. Предмет комерційного підкупу за Кримінальним кодексом України/ Я.В. Ризак // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 1. – С. 121–127.
158. Рогожин М. Посадові злочини за законодавством РФ: поняття, види, судова практика / М. Рогожин // Юридичний журнал. – 2004. – № 1(19). – С. 94–100.
159. Розовская Т.И. Обещание или предложение посредничества во взяточничестве: вопросы правоприменения / Т.И. Розовская, Д.В. Пешков // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2012. – № 3. – С. 94–97. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.journal-nio.com/index.php?option=com\_content&view=article&id=1178&Itemid=104.
160. Самые распространенные схемы дачи взятки в крупном раз мере. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.1sns.ru/materials/corruption/samye-rasprostranennye-skhemy-dachi-vzyatki-v-krupnom-razmere/>.
161. Сахаров А.Б. Ответственность за должностные злоупотребления по со-ветскому уголовному праву: [монография] / А.Б. Сахаров. – М. : Госюриздат, 1956. – 211 с.
162. СБУ взяла на хабарі співробітника військкомату та двох посередників. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://magnolia-tv.com/text-news/2015-04-02/54451-sbu-vzyala-na-khabar-sp-vrob-tnika-v-iskkomatu-ta-dvokh-poserednik-v.
163. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления: [монография] / А.Я. Светлов. – К.: Наук. думка, 1978. – 303 с.
164. Семченков И.П Проблема двойной уголовной ответственности посредников коммерческого подкупа / И.П. Семченков // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. – Калининград, 2013. – № 1(31). – С. 17–18.
165. Синчук С. Соціальні пільги як вид соціального забезпечення в Україні / С. Синчук / Юриспруденція он-лайн: Інтернет-видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lawуer.оrg.uа/?с]=31i&і=&л\~r.
166. [Словник української мови: в 11 томах. – Том 7. – К.: Наукова думка, 1976. [Електронний ресурс]. – Режим](file:///C:\Users\Vitaliy\AppData\Local\Local%20Settings\Temp\AppData\Local\Temp\Rar$DIa0.873\Словник%20української%20мови:%20в%2011%20томах.%20–%20Том%207.%20–%20К.:%20Наукова%20думка,%201976.%20%5bЕлектронний%20ресурс%5d.%20–%20Режим) доступу: http://sum.in.ua/.
167. [Словник української мови: в 11 томах. – Том 5. – К.: Наукова думка, 1974. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:](file:///C:\Users\Vitaliy\AppData\Local\Local%20Settings\Temp\AppData\Local\Temp\Rar$DIa0.873\Словник%20української%20мови:%20в%2011%20томах.%20–%20Том%205.%20–%20К.:%20Наукова%20думка,%201974.%20%5bЕлектронний%20ресурс%5d.%20–%20Режим%20доступу:)  http://sum.in.ua/.
168. Слуцька Т.І. Об’єкт посягання перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України) / Т.І. Слуцька // Юриспруденція: теорія і практика. Центр правових досліджень Фурси. – 2009. – № 8 (58). – С. 28–36.
169. Смоленцев Е. Судебная практика по делам о взяточничестве / Е. Смоленцев // Социалистическая законность. – 1978. – № 6. – С. 29–30.
170. Солопанов Ю. Вопросы ответственности за взяточничество / Ю. Солопанов // Социалистическая законность. – 1991. – № 6. – С. 46–47.
171. Солопова И.В. Уголовно-правовая характеристика взяточничества / И.В. Солопова // Актуальні проблеми держави та права. – 2002. – Вип. 15. – С. 453–459.
172. Сподарик Н.А. Співвідношення поняття «послуга» як економічної та правової категорії / Н.А. Сподарик [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://3222.ua/article/spvvdnoshennya\_ponyattya\_posluga\_yak\_ekonomchno\_ta\_pravovo\_kategor.htm.
173. Стан корупції в Україні. Індекс сприйняття корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ti-ukraine.org/cpi>
174. Суд заарештував ще й посередника при передачі хабара заступнику начальника слідчого управління Генпрокуратури Ш. // Українські новини від 2015-07-07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ukranews.com/news/175266.Sud-arestoval-eshche-i-posrednika-pri-peredache-vzyatki-zamnachalniku-sledstvennogo-upravleniya-Genprokuraturi-Shapakinu.uk 2015-07-07](http://ukranews.com/news/175266.Sud-arestoval-eshche-i-posrednika-pri-peredache-vzyatki-zamnachalniku-sledstvennogo-upravleniya-Genprokuraturi-Shapakinu.uk%202015-07-07).
175. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, повязаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. – К., 2014. – 136 с.
176. Сфера обслуговування при соціалізмі / за ред. Є.І. Капустіна. – М., 1968. – 262 с.
177. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Часть 1. По изданию 1902 года / Н.С. Таганцев [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum105/
178. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении: [монография] / П.Ф. Тельнов. – М.: Юрид. лит., 1974. – 208 c.
179. [Ткачев И.](http://biblio.ufabist.ru:8080/cgi-bin/irbis/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ABIST&P21DBN=ABIST&S21STN=1&S21REF=&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=1&S21P03=A=&S21STR=%D0%A2%D0%BA%D0%B0%D1%87%D0%B5%D0%B2,%20%D0%98.)  Проблемы реализации уголовной ответственности за посредничество во взяточничестве / И. Ткачев // Уголовное право: научно-практический журнал. – 2012. – № 2. – С. 64–70.
180. Ткачев О.И. Ответственность за обещание или предложение посредничества во взяточничестве / О.И. Ткачев // Российская юстиция. – 2012. – № 3. – С. 35–37.
181. Ткаченко В.И. Спорные вопросы соучастия / В.И. Ткаченко // Труды ВЮЗИ. Вопросы теории и практики применения советского и зарубежного уголовного права. – М.: РИО ВЮЗИ, 1979. – С. 64–72.
182. Трайнин А. Должностные и хозяйственные преступления: [монография] / А.Трайнин. – М.: Юрид. издат. НКЮ СССР, 1938. – 136 с.
183. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления: [монография] / А.Н. Трайнин. – М.: Госюриздат, 1957. – 364 c.
184. Тыдыкова Н.В. Квалификация действий посредника в совершении преступления / Н.В. Тыдыкова // Вестник Алтайской академии экономики и права. – 2012. – Выпуск 1 (24). – С. 138–139.
185. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення?/ В. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 2010. – № 5–6. – С. 6–7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://www.yurincom.com/ua/analytical_information/?id=5351>.
186. Тютюгін В.І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг: навч.-практ. посіб. / В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, С.В. Гізимчук; за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. ‒ Х.: Право, 2014. – 232 с.
187. Уголовное право России в вопросах и ответах: учеб. пособие / Г.Н. Борзенков [и др.]; под ред. В.С. Комиссарова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2011. – 422 с.
188. Уголовное право России. Общая часть: учебник для вузов / под. ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М.Тяжковой. – М.: Зерцало-М, 2004. – С.125.
189. Уголовное право России. Словарь терминов и определений: [учебно-методическое пособие]; под ред. А.В. Шеслера, 2006. – 49 с.
190. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть / под ред. Г.Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. – М., 1997. – 685 с.
191. Уголовное уложение 1903 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.knigafund.ru/books/18301/read#page3>
192. Ужва Л.О. Доцільність криміналізації пропозиції неправомірної вигоди чи хабара / Л.О. Ужва // Державне управління: удосконалення та розвиток: електронне наукове фахове видання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=462
193. Україна на 144 місці за рівнем корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.epravda.com.ua/news/2013/12/3/406458/
194. Україна опинилася на 144-му місці в світі за рівнем корупції [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukrainian.voanews.com/content/transparency-international-corruption-ukraine/1802401.html
195. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 15 августа 1845 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://xix-vek.ru/material/item/f00/s00/z0000003/st070.shtml>
196. Ухвала Колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України. Справа № 5-4821км09 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8731364>.
197. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М.І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2011. – 424с.
198. Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В.Г. Хашев. – Дніпропетровськ, 2007. – 20 с.
199. Хырхырьян М.А. Дискуссионные вопросы новой уголовной политики в области взяточничества / М.А. Хырхырьян. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://advpalataro.ru/info/trainings.php?ID=7288
200. Цивільне право України: навчальний посібник / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, І.В. Жилінкова та ін.; pа заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – Т. 2. – 552 c. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.big-lib.com/book/45\_Civilne\_pravo\_/4870\_\_1\_Ponyattya\_poslygi\_ta\_dogovoriv\_pro\_nadannya\_poslyg
201. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15
202. Черноусова А.В. Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве: анализ доктрины уголовного права и правоприменительной практики // Актуальные проблемы правотворчества и правоприменительной деятельности в Российской Федерации: материалы Международной научно-практической конференции. Иркутск, 12 ноября 2011 г. – Иркутск: Изд-во ИГУ, 2011. – С. 196–198.
203. Шафорост В.А. Уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / В.А. Шафорост. – М., 2013. – 29 c.
204. Шафорост В.А. К вопросу об ответственности за посредничество во взяточничестве // Актуальные проблемы уголовного права, уголовного процесса, криминологии и уголовно-исполнительного права: теория и практика: материалы Международной научно-практической конференции, 10-11 апреля 2012 года. – Тамбов: Издат. дом ТГУ им. Г.Р. Державина, 2012. – С. 357–361.
205. Шевырин Е.К. Все «новое» в государственно-правовой концепции борьбы с коррупцией - это хорошо забытое старое / Е.К. Шевырин // Вопросы экономики и права. – 2010. – № 10. – С. 30–34.
206. Шиманський Ф.В. Хабарництво: кримінально-правовий аналіз одержання, давання і провокації хабара: [монографія] / Ф.В. Шиманський. – О.: Фенікс, 2004. – 180с.
207. Шмигельський В.В. Поняття посередництва у хабарництві та сучасна проблема його законодавчого регулювання / В.В. Шмигельський // Митна безпека. – 2011. – № 1–2. – С. 137–143.
208. Шумихин В.Г. Соглашение между взяткодателем и взяткополучателем как конструктивный признак взяточничества / В.Г. Шумихин // Третий пермский конгресс ученых-юристов: материалы междунар. науч-практ. конф. (г. Пермь, Пермский государственный национальный, исследовательский университет, 12 октября 2012 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос.нац. иссл. ун-т. – Пермь, 2012. – 289 с. – С. 247–248.
209. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 2002. – Т. 4: Н–П. – 720 с.
210. Яни П. Выгоды имущественного характера как предмет взятки / П. Яни // Законность. – 2009. – № 1. – С. 17–22.
211. Яни П. Проблемы квалификации посредничества во взяточничестве / П. Яни // Законность. – М., 2013. – № 2. – С. 24–29 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=1416>.
212. Яни П.С. Посредничество во взяточничестве / П.С. Яни // Законность. – 2011. – № 9. – С. 12–18.

# 

# ДОДАТКИ

**Додаток А**

**Підсумкова анкета (результати) соціологічного опитування працівників правозастосовних органів, проведеного з метою вивчення та узагальнення точок зору щодо проблем кримінально-правової оцінки діянь посередника у підкупі**

Дослідження проводиться у наукових цілях і є анонімним. Отримані результати будуть використані для узагальнення та підготовки пропозицій щодо вдосконалення кримінального законодавства та практики його застосування.

1. Вкажіть Ваш стаж роботи у правоохоронних органах:

а) до п’яти років – 33%

б) до десяти років – 38%

в) понад десять років – 29%

1. Чи знаєте Ви як кваліфікуються діяння посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди?

а) так, знаю – 6%

б) скоріше знаю, ніж не знаю – 28%

в) скоріше не знаю, ніж знаю – 54%

г) не знаю 12%

1. Чи траплялися у Вашій практиці випадки, коли необхідно було кваліфікувати діяння посередника у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди?

а) так – 71%

б) ні – 29%

1. Якою, на Вашу думку, є суспільна небезпечність діянь посередника у підкупі порівняно із діями пособника?

а) посередник є більш суспільно небезпечною фігурою, порівняно із пособником у підкупі - 75 %

б) складно відповісти - 20 %;

в) ступінь суспільної небезпеки посередника і пособника у підкупі є однаковими - 5 %,

г) пособник є більш суспільно небезпечною фігурою, порівняно із посередником у підкупі – 0 %.

5. Якою, на Вашу думку, є поширеність посередництва у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди?

а) посередник задіяний у 90 і більше відсотках вчинюваних підкупів – 78%

б) посередник задіяний у 50 і більше відсотках вчинюваних підкупів – 17%

в) посередник задіяний у 20 і більше відсотках підкупів – 5%

6. Чи знаєте Ви відмінні ознаки між посередництвом у підкупі, яке є співучастю і посередництвом у підкупі, яке не охоплюється співучастю?

а) так, знаю – 5%

б) скоріше знаю, ніж не знаю – 10%

в) скоріше не знаю, ніж знаю – 45%

г) не знаю – 40%.

1. Чи потрібна, на Вашу думку, у Особливій частині Кримінального кодексу України окрема стаття, яка б встановлювала кримінальну відповідальність за «Посередництво у підкупі»?

а) так – 82%

б) ні – 18%

8. У межах якого розділу Особливої частини Кримінального кодексу України потрібно розмістити статтю про «Посередництво у підкупі»?

а) Розділ XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів» - 0%

б) Розділ XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» - 100%

в) інший варіант \_\_\_\_\_\_\_\_\_ - 0%

9. Чи повинні визнаватися закінченими злочинами обіцяння або ж пропонування посередництва у підкупі?

а) так – 12%

б) ні – 88%.

10. Чи потрібно диференціювати кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі за ознакою вчинення таких дій службовою особою?

а) так – 56%

б) ні – 44%

Дата заповнення \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Дякуємо за участь у анкетуванні.

**Додаток Б**

**Пропозиції Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності та Комітету Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції щодо внесення змін до Кримінального кодексу України за результатами дисертаційного дослідження**

**Голові комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності**

**Кожем’якіну Андрію Анатолійовичу**

**Голові комітету з питань запобігання та протидії корупції**

**Соболєву Єгору Вікторовичу**

**Аспіранта кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка**

**Плекана Віталія Валерійовича**

**(науковий керівник – доц. Антонюк Н.О.)**

*кафедра кримінального права та кримінології*

*Львівського національного університету імені Івана Франка,*

*вул. Січових Стрільців, 14,*

*м. Львів, 79000*

тел.: 0676734548

**ПРОПОЗИЦІЯ (ЗАУВАЖЕННЯ)**

**Я, Плекан Віталій Валерійович, аспірант кафедри кримінального права та кримінології юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка (наук. керівник доц. Антонюк Н.О.). На даний час я завершую написання кандидатської дисертації на тему: «Кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди». На підставі статті 40 Конституції України та статей 1, 3 Закону України «Про звернення громадян» звертаюся до Вас із пропозицією врахувати результати проведеного мною дослідження для удосконалення вітчизняного кримінального законодавства у частині доповнення Кримінального кодексу України нормою про кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі. У зв’язку із цим звертаю Вашу увагу на наступні міркування.**

Система складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг порівняно з іншими системами складів злочинів розвивається найбільш динамічно. Протягом останніх кількох років у кримінально-правовому регулюванні питань, що стосуються цієї системи складів злочинів відбулося чи не найбільше фундаментальних змін.

Однак незважаючи на таке докорінне реформування антикорупційного законодавства (в т.ч. й кримінального) далеко не всі прогалини були усунуті. До сих пір залишилося поза увагою законодавця питання, яке не одне десятиріччя дискутується науковцями. Йдеться про кримінально-правову оцінку посередництва у злочинах, пов’язаних з переходом неправомірної вигоди. Такі діяння вважається одним з найпоширеніших суспільно небезпечних діянь, які безпосередньо сприяють «процвітанню» корупції в державі.

Справа у тому, що у доктрині кримінального права немає єдиного підходу до кримінально-правової оцінки дій посередника. На практиці судові і правоохоронні органи або упускають з уваги таку фігуру, або ж кваліфікують дії посередника цілком протилежно (як підбурювача, як організатора, як співвиконавця або як пособника у вчиненні так званого службового підкупу). Особливу увагу заслуговує ще й те, що не всі дії посередника у підкупі можуть потенційно бути кваліфіковані. Адже у чинному Кримінальному кодексі України є прогалини, які взагалі унеможливлюють притягнення до кримінальної відповідальності посередників у підкупі. Зокрема, йдеться про так зване «позастороннє посередництво» (коли неправомірна вигода передається через кількох посередників) або ж про найбільш поширене фізичне посередництво (наприклад, про звичайну механічну передачу грошей чи інших цінностей за корупційною угодою).

Звичайно, що станом на сьогодні правоохоронні органи пробують кваліфікувати і вказані вище діяння. Однак, при грамотній побудові позиції захисту може скластися ситуація, коли діяльність посередника у підкупі є очевидною, суспільно небезпечною, проте має місце прогалина у кримінально-правовому регулюванні (наприклад, вчинені посередником дії виходять за межі інституту співучасті) і притягнути до кримінальної відповідальності посередника не можливо.

Зауважимо, що окремі норми про відповідальність посередника у підкупі містяться у КК Російської Федерації (ст. 291.1), Республіки Болгарія (ст. 305), Республіки Білорусь (ч. 2 ст.432) та кодексах інших європейських держав. У тих державах, де такої окремої норми немає, діяльність посередника згадана у існуючих статтях Кримінальних кодексів. Одразу ж звернемо увагу, що у Модельному кримінальному кодексі для держав-учасниць СНД передбачена окрема норма, якою встановлено відповідальність за посередництво у хабарництві (ст. 307).

У в Кримінальному кодексі України 1960 року посередництво в хабарництві було виділено в окремий склад злочину, передбачений ст. 169 КК України. Під посередництвом в хабарництві розуміли передачу за дорученням хабародавця або хабарника предмета хабара. Дії посередника кваліфікувались виходячи з того, в чиїх інтересах, на чиїй стороні і за чиєю ініціативою – того, хто давав, чи того, хто одержував хабар – він діяв.

З прийняттям нового Кримінального кодексу України 2001 року окрему статтю, що передбачала відповідальність за посередництво у хабарництві було виключено. Таке рішення у пояснювальній записці до цього законопроекту обґрунтовувалося тим, що «такі дії (посередництво в хабарництві) караються як пособництво в більш тяжкому злочині - даванні хабара».

Однак, вказані вище міркування, зазначені у пояснювальній записці до законопроекту не можна вважати обґрунтованими. У науковій літературі виключення відповідної статті із тексту КК викликало цілком підставні заперечення. Адже, як ми вже зазначали вище, не у всіх випадках діяльність посередника охоплюється інститутом співучасті (в тому числі і діями пособника).

Вітчизняні науковці вже пропонували відновити спеціальну норму про кримінальну відповідальність за посередництво в підкупі. Однак пропозиція була відмінною від моєї. Адже, пропонувалося чітко відділити діяльність посередника, що охоплюється співучастю і діяльність посередника, яка не охоплюється співучастю. Як наслідок, першу групу дій (ті, що охоплюються співучастю) кваліфікувати з посиланням на ст. 27 Загальної частини КК України, а за другу групу дій (ті, що не охоплюється співучастю) - передбачити відповідальність у окремій статті КК України.

Моя позиція принципово інша. Адже, нагадаю, що у радянський період постійно зверталася увага на складність у розмежуванні тої посередницької діяльності яка є співучастю і тієї, яка не охоплюється співучастю. Не буду вдаватися у теоретичні нюанси проблеми, а зауважу, що виходячи із суспільної небезпечності дій посередника у підкупі, вважаємо за доцільне передбачити окрему статтю у Особливій частині КК України, яка б охоплювала всі можливі прояви посередництва у підкупі.

Вважаю, що єдина стаття про кримінальну відповідальність посередника у злочинах із передачею неправомірної вигоди навпаки зняла б означену проблему із необхідністю розмежування посередництва, яке є чи не є співучастю. Запропонований нами підхід дозволив би з однієї сторони охопити новою статтею всі прояви посередництва у злочинах, пов’язаних із переданням неправомірної вигоди, а з іншої – не загострив би нову «стару» проблему у потребі розмежування посередництва із пособництвом. Хоча, зауважу, що у науковому плані таке розмежування є потрібним. Але от на практиці навряд чи доцільно ускладнювати діяльність правозастосувача складними теоретичними конструкціями. При існуванні однієї норми про посередництво у одержанні/даванні неправомірної вигоди проблемність кримінально-правової оцінки для правозастосування зводилася б до мінімуму. Діяння будь-якого посередника кваліфікувалися б за однією статтею. Якщо ж піти шляхом різної кваліфікації дій посередництва, яке має ознаки пособництва і посередництва, яке пособництвом не є, перед правозастосувачем буде стояти досить складне завдання щодо кримінально-правової кваліфікації дій посередника.

Пропонована мною норма могла б бути сконструйована таким чином:

Стаття 369-4. Посередництво у підкупі

*1. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи приватного права, тобто посередництво у пропонуванні, обіцянні, переданні та одержанні неправомірної вигоди, - карається штрафом від п’ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.*

*2. Посередництво у підкупі особи, яка надає публічні послуги, - карається штрафом від сто п’ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до двох років або позбавленням волі на той самий строк.*

*3. Посередництво у підкупі службової особи юридичної особи публічного права, - карається штрафом від п’ятсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п’яти років або позбавленням волі на строк від двох до семи років.*

*4. Діяння, передбачені частинами першою, другою та третьою цієї статті, вчинені службовою особою юридичної особи публічного права - карається штрафом від п’ятсот до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від трьох до п’яти років або позбавленням волі на строк від трьох до семи років.*

*5. Особа, яка вчинила посередницькі дії у підкупі, тобто вчиненні злочинів, передбачених статтями 368,*[*368-3*](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2605)*,*[*368-4*](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2617)*,*[*369*](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n2628) *цього Кодексу, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до отримання з інших джерел інформації про цей злочин органом, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, добровільно заявила про те, що сталося, такому органу та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особами, які надали, одержали, пообіцяли, запропонували чи прийняли пропозицію або обіцянку одержання неправомірної вигоди. Зазначене звільнення не застосовується у разі, якщо пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди були вчинені щодо осіб, визначених у частині четвертій*[*статті 18*](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1431418284711714#n85)*цього Кодексу.*

З огляду на вищевикладене,

ПРОШУ:

Розглянути і зробити усе необхідне у межах повноважень, наданих Вам чинним законодавством, для врахування розробленого проекту норми про кримінальну відповідальність за посередництво у підкупі у процесі підготовки рекомендацій щодо удосконалення Кримінального кодексу України.

Про результати розгляду звернення прошу повідомити у встановлений законом строк на адресу:

*Плекану В.В.*

*кафедра кримінального права та кримінології*

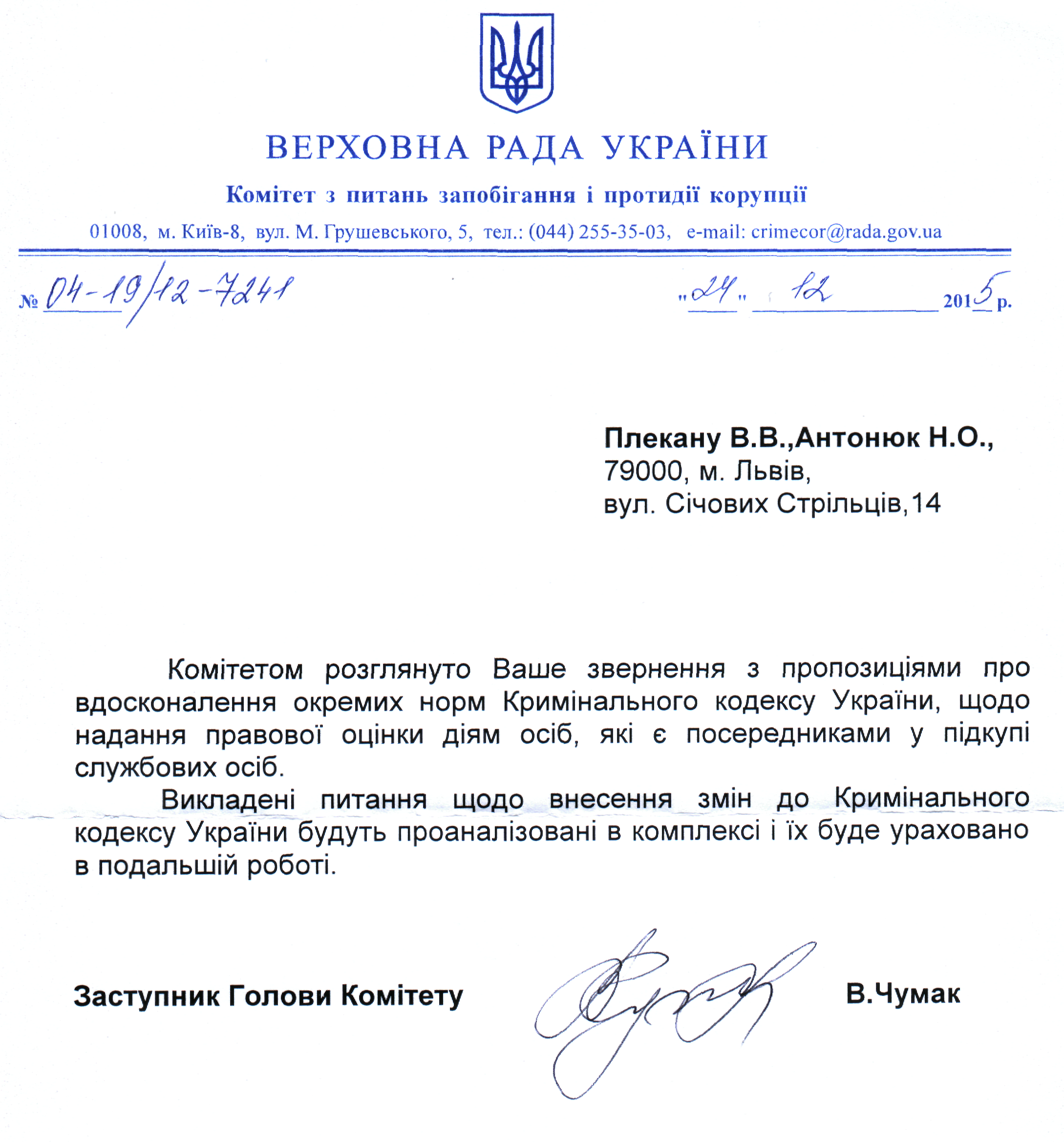
*Львівського національного університету імені Івана Франка,*

*вул. Січових Стрільців, 14,*

*м. Львів, 79000*.

З повагою, Плекан В.В. \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Додаток В**



**Додаток Г**



1. Зауважимо, що вітчизняний законодавець відмовився від терміна «хабар», однак під час дослідження використовуватимемо цей термін і суміжні з ним поняття. [↑](#footnote-ref-1)