

Кримінально-правова характеристика одержання хабара за попередньою змовою групою осіб

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

Починаючи вже з 1986 року кваліфікуючим складом одержання хабара стало визнаватися його одержання за попередньою змовою групою осіб. Проте враховуючи складність об'єктивної сторони одержання хабара та невизначеність деяких положень про означену форму співучасті, беручи до уваги проблеми, які виникають при правозастосуванні, є підстави констатувати, що на сьогодні питання кваліфікації одержання хабара за попередньою змовою групою осіб є досить складними і потребують більш детального дослідження. Крім того, важливо розрізняти даний кваліфікуючий склад злочину від інших проявів співучасті в одержанні хабара. В зв'язку з цим завданням даної статті є формулювання характерних ознак одержання хабара за попередньою змовою групою осіб, що, як видається, повинно удосконалити правозастосування.

Злочин визнається вчиненням за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення (ч.2 ст.28 КК). Проектуючи наведене визначення щодо кваліфікуючого складу злочину, який розглядається, необхідно насамперед визначити суб'єктний склад одержання хабара за попередньою змовою групою осіб.

Згідно п.16 Постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 року (далі – Постанова) хабар належить визнавати одержаним за попередньою змовою групою осіб якщо злочин спільно вчинили декілька службових осіб (дві або більше). При цьому відповідно до Постанови, такі службові особи повинні діяти як співвиконавці,

тобто одержувати хабар за виконання чи невиконання дій, які кожна з них могла або повинна була виконати з використанням службового становища. Таким чином, Пленум ВСУ вважає, що якщо про вчинення одержання хабара домовилися декілька осіб, із яких лише одна є службовою чи якщо хоча всі особи були службовими, але лише одна з них могла або повинна була виконати дію з використанням службового становища, то дана кваліфікуюча ознака відсутня. Аналогічне тлумачення Пленумом такої кваліфікуючої ознаки як вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб міститься в п.16 постанови №2 від 07.02.2003 року «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» та п.25 постанови №12 від 25.12.1992 року «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності». Таку ж позицію підтримують Пленуми Верховних Судів РФ та Білорусії, а в п.6 постанови Пленуму Верховного Суду Казахстану [16] прямо закріплено, що дії посадовця, пов'язані з отриманням хабара в змові з особою, що не є посадовою, не можуть розцінюватися як отримання хабара за попередньою змовою групою осіб. Означений підхід підтримує також переважна більшість науковців.

Між тим аналіз ч.2 ст.28 КК не дозволяє зробити однозначний висновок щодо статусу та ролі учасників такої групи. Як слушно зазначає С.Д. Шапченко, з однієї сторони в даній нормі під «декількома особами» можна розуміти кількох співучасників будь-якого виду, оскільки на відміну від ч.1 ст.28 КК, в якій прямо йдеться про декількох виконавців, в ч.2 ст.28 КК вид співучасника конкретно не визначений, проте з іншої сторони можна зробити висновок, що в ч.2, як і в ч.1 ст.28 КК мова йде принаймні про двох виконавців (співвиконавців), так як ці норми зокрема вживають одне й теж поняття – «група осіб», що за правилами законодавчої техніки повинно мати однаковий зміст. Незважаючи на таку законодавчу невизначеність автор вважає більш правильним останній підхід до тлумачення ч.2 ст.28 КК [20, с.87-88]. Аналогічну точку зору підтримують і інші науковці. Так, вказується, що не може бути визнаний груповим злочин, який вимагає спеціального суб'єкта, якщо в його скоєнні брав участь лише один такий суб'єкт [3, с.568-569]; усталеним є розуміння злочину, скоєного групою осіб за попередньою згодою, як

злочину, здійсненого двома і більше співвиконавцями, тобто особами які повністю чи частково виконують об'єктивну сторону відповідного злочину, а оскільки виконати одержання хабара можуть тільки посадові особи, то в таку групу входять лише службовці [4, с.222]; всі співучасники групи за попередньою змовою повинні безпосередньо виконувати дії, передбачені у відповідній статті Особливої частини КК України, тобто бути співвиконавцями [15, с.64]; учасники групи за попередньою змовою в повному об'ємі чи частково виконують дії, передбачені об'єктивними ознаками складу злочину [5, с.5]. Аветисян С.С. визнає одержання хабара злочином із спеціальним складом, оскільки в його складі не тільки суб'єкт, а й інші елементи мають спеціальний характер [1, с.47] і зазначає, що скоєння такого злочину групою осіб (за попередньою змовою або без такої) є співучастю у вигляді співвиконавства, коли кожний з учасників групи (спеціальний суб'єкт) бере участь у виконанні об'єктивної сторони складу злочину [2, с.30].

Між тим в науковій літературі також існують інші погляди на склад та роль учасників одержання хабара групою осіб за попередньою змовою. Зокрема зазначається, що вказаний кваліфікуючий склад злочину буде мати місце, коли його здійснювали службові особи як співвиконавці злочину, при цьому одні з них можуть, використовуючи своє службове становище, підшукувати хабародавців, інші – вчиняти дії по службі тощо, але всі вони разом отримують хабар [8, с.581; 14, с.801]. По-перше, тяжко уявити яким чином особа використовуючи своє службове становище може підшукувати хабародавців, видається, що в даному випадку вона не діє як службовець, а, по-друге, оскільки підшукування співучасників не входить до об'єктивної сторони одержання хабара, то і особа, яка здійснює такі дії не може визнаватися співвиконавцем цього злочину, що виключає вчинення одержання хабара за попередньою змовою групою осіб.

Інколи вказується, що при вчиненні злочину групою осіб за попередньою змовою може мати місце як співвиконавство, так і співучасть із розподілом ролей, при цьому в будь-якому випадку всі учасники групи відповідають як співвиконавці відповідного злочину [10, с.152-153]. Схожою є позиція, за якою така група є окремим злочинним об'єднанням, де відповідальність знеособлена, тобто всі члени

групи відповідають однаково незалежно від конкретної ролі, яку виконував кожен із них [6, с.144], кожен із учасників групи відповідає як виконавець навіть тоді, коли особисто не виконує об'єктивну сторону злочину [13, с.268]. Проте видається, що кримінальна відповідальність не може бути знеособлена, адже це не відповідає принципу її індивідуалізації, тому вважати всіх співучасників виконавцями (співвиконавцями) незалежно від їх ролей неприпустимо та суперечить самому визначенню виконавця злочину (ч.2 ст.27 КК). Ролі між співвиконавцями розподілятися можуть, але такий розподіл проходить лише в рамках функцій виконавця, тобто діляться ролі у виконанні діяння, що становить об'єктивну сторону складу відповідного злочину.

Деякі науковці вважають, що Закон (ч.2 ст.28 КК) не вимагає обов'язкового співвиконавства, тому на кваліфікацію вчиненого за ч.2 ст.368 КК не впливає, чи діяла службова особа як виконавець (співвиконавець) при одержанні хабара за попередньою змовою групою осіб, чи була лише організатором, підбурювачем або пособником [9, с.1008]. Проте службова особа не може визнаватися такою поза здійсненням своїх службових функцій, адже в такому випадку вона буде загальним суб'єктом. Крім того, при одержанні хабара службова особа використовує своє службове становище тільки для здійснення чи нездійснення дії за одержаний хабар, що утворює об'єктивну сторону одержання хабара і становить виконання чи співвиконання цього злочину. Оскільки пособник, організатор чи підбурювач, виходячи із їх ролей, не одержують хабара, то вони і не є учасниками групи, адже Закон вказує на одержання хабара саме групою осіб. В зв'язку з цим у випадках, коли виконавцем одержання хабара була одна особа, а всі інші особи брали участь у вчиненні цього злочину в інших ролях, то дії виконавця кваліфікуються за ч.1 ст.368 КК, а дії інших учасників за відповідною частиною ст.27 КК і ч.1 ст.368 КК.

На підставі викладеного більш правильною видається позиція Пленуму ВСУ та переважної більшості науковців, за якою одержання хабара за попередньою змовою групою осіб передбачає участь у такій групі кількох службових осіб, кожна з яких виконує повністю чи частково об'єктивну сторону одержання хабара, тобто виступає у ролі виконавця чи співвиконавця цього злочину. При цьому дії таких

службових осіб кваліфікуються за ч.2 ст.368 КК, а у випадку, коли поряд з ними у вчиненні злочину брали участь співучасники інших видів, то дії останніх кваліфікуються за відповідною частиною ст.27 КК та ч.2 ст.368 КК.

Хоча більшість вчених погоджується, що всі учасники групи по одержанню хабара є виконавцями, але об'єм дій, які повинні вони виконувати, визначається по-різному. За позицією Пленуму Верховного Суду кожна службова особа, яка знаходиться в групі повинна одержувати хабар за виконання чи невиконання дій по службі, в іншому випадку дана кваліфікуюча ознака відсутня. Між тим хабар одержує не кожна окрема службова особа, а їх група в цілому, тому більш точно вести мову про одержання *частини* хабара кожним службовцем.

Інколи вказується, що для наявності кваліфікуючої ознаки, що розглядається, не обов'язково щоб кожна посадова особа здійснювала конкретні службові дії в інтересах хабародавця, достатнім для встановлення групи є виконання обумовлених хабаром дій по службі одним учасником проте з відома, згоди чи за сприяння іншого(-их), який одержує частину хабара [11, с.30; 17, с.612]. Наведена позиція є не зовсім точною, адже очевидно, що в описаному випадку дії по службі виконують всі учасники групи і ці дії спрямовані на задоволення того інтересу, за який дається хабар.

В зв'язку з наведеним сумнівним видається засудження двох державних виконавців ВДВС Артемівського районного управління юстиції м. Луганська за вчинення одержання хабара за попередньою змовою групою осіб (ч.2 ст.368 КК), які разом прибули до директора ТОВ «ФБ Сервіс-Технологія» та запропонували за хабар зняти арешт з рахунків підприємства. Проте оскільки справа перебувала в провадженні лише одного державного виконавця, то саме він і виніс відповідну постанову про зняття арешту, інший же державний виконавець, який на думку суду входив у групу, ніяких дій з використанням службового становища не здійснив і не мав здійснювати [19]. Натомість цілком правильним є виключення апеляційним судом з вироку посилення суду при формулюванні обвинувачення і при кваліфікації дій засуджених на кваліфікуючу ознаку злочинів – їх вчинення за попередньою змовою групою осіб, адже державний інспектор з карантину рослин по Сумській

області виконуючи вказівки свого начальника лише сприяв йому в отриманні хабарів від потерпілих, виконуючи функції щодо роз'яснень необхідності передачі коштів для безперешкодного отримання фітосанітарних сертифікатів, одержував кошти і передавав їх за призначенням в повному розмірі, не використовуючи своє службове становище. Дії інспектора правильно кваліфіковано за ч.5 ст.27 КК – ч.2 ст.368 КК [18].

Варто зазначити, що у випадку, коли одна службова особа одержує хабар, а інша виконує дію по службі і не отримує частину винагороди, то група буде відсутня. В таких випадках необхідно досліджувати те, яким чином службовець, що отримав хабар, вплинув на іншого і якщо такий вплив був здійснений завдяки службовому становищу, то дії першого кваліфікуються як одержання хабара. Дії ж другого підлягають окремій кримінально-правовій оцінці.

Для встановлення кваліфікуючої ознаки, що розглядається, необхідна попередня змова учасників групи. Не виникає сумнівів, що попередньою буде та змова, що відбулася до вчинення злочину, тобто до одержання хоча б частини хабара. Відповідно до роз'яснення Пленуму ВСУ, яке поділяється також Пленумами Верховних Судів РФ, Білорусії та Казахстану, одержання хабара групою осіб буде закінчене з моменту, коли хабар прийняв хоча б один із співвиконавців. Між тим наведене положення не узгоджується з п.10 Постанови, за яким моментом закінчення одержання та давання хабара є прийняття службовцем хоча б частини хабара. *В зв'язку з цим в п.16 Постанови необхідно внести уточнення, за яким одержання хабара групою осіб буде закінчене з моменту, коли хоча б частину хабара прийняв один із співвиконавців.* Проте на думку А.К.Квіцинї одержання хабара не може вважатися закінченим у випадку, коли з групи його одержала лише одна особа, для цього необхідно встановити, що кожен учасник групи одержав частину винагороди [7, с.153]. Між тим зі змісту Кримінального закону випливає, що одержує хабар група, а не кожен член цієї групи, тому цілком логічно, що коли хабар прийняв представник цієї групи, то вважається, що хабар одержаний саме групою, проте в будь-якому випадку повинна існувати домовленість про його розподіл між учасниками такої групи. Крім того, якщо підтримати позицію

А.К.Квіцині, то притягнути до кримінальної відповідальності всіх членів групи за закінчене одержання хабара буде практично неможливо, що штучно знизить рівень небезпеки їх діянь.

Досягнення домовленості між декількома службовцями про спільне вчинення одержання хабара свідчить про створення цієї групи і вже становить готування до одержання хабара (ч.1 ст.14 – ч.2 ст.368 КК). В зв'язку з цим важливим є питання про зміст змови співучасників. Варто підтримати точку зору, за якою попередня змова в розумінні ч.2 ст.28 КК наявна, якщо між співучасниками досягнута домовленість, в межах якої вирішені основні питання, що стосуються події злочину (зміст діяння, орієнтовний час та місце його вчинення), а також визначені хоча б у загальних рисах ролі кожного з них. При цьому домовленість щодо змісту діяння повинна бути конкретизованою настільки, щоб можна було зробити висновок принаймні про вид злочину, який має бути вчинений [20, с.89], тобто змова повинна стосуватися основних ознак злочину, оскільки тільки її можна назвати угодою на здійснення конкретного злочину [5, с.24-25]. В зв'язку з наведеним правильною є точка зору, за якою в зміст змови при вчиненні одержання хабара входить домовленість про – 1) спільне з іншими службовими особами використання службового становища; і 2) предмет та розмір хабара, який учасники групи мають намір одержати. Крім того видається, що така змова повинна включати домовленість в загальному вигляді про те, які дії повинен виконати кожен з учасників групи з використанням свого службового становища та про те, що кожен одержить частину хабара за це.

На думку деяких науковців одержання хабара вчинене організованою групою посадових осіб слід також кваліфікувати лише по ч.2 ст.368 КК, а якщо цей злочин здійснений учасниками злочинної організації (ч.4 ст.28 КК), то скоєне охоплюється ознаками ч.1 ст.255 КК і додаткової кваліфікації не потребує, крім випадку, коли злочинною організацією одержаний хабар в особливо великих розмірах, оскільки вчинене слід кваліфікувати по ч.1 ст.255 КК та ч.3 ст.368 КК [9, с.1008-1009].

Між тим видається, що наведена точка зору не відповідає зокрема принципам точності та повноти кримінально-правової кваліфікації. Адже у випадку кваліфікації

одержання хабара організованою групою лише за ч.2 ст.368 КК не враховується, що злочин вчинений саме організованою групою, тому в даному випадку дії винних необхідно кваліфікувати за ч.3 ст.28 КК та ч.2 ст.368 КК.

В науковій літературі вже підлягала критиці позиція, за якою ст.255 КК охоплюються також і всі злочини, вчинені у складі злочинної організації, окрім більш тяжких [13, с.279-282]. З наведеними В.О. Навроцьким аргументами необхідно повністю погодитися. В зв'язку з цим, у разі вчинення одержання хабара злочинною організацією, дії учасників такої організації кваліфікуються за ч.4 ст.28 КК – ч.2. ст.368 КК та за ч.1 ст.255 КК. Саме така кваліфікація відповідає її принципам та позиції ВСУ, адже згідно п.15 постанови його Пленуму № 13 від 23.12.2005 року «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» злочини, вчинені у складі злочинної організації, належить самостійно кваліфікувати за відповідними нормами за сукупністю із статтею, яка передбачає відповідальність за створення такої організації, участь у ній чи у вчинюваних нею злочинах (ч. 1 ст. 255 КК).

Слід звернути увагу, що одержання хабара за попередньою групою осіб необхідно кваліфікувати за ч.2 ст.368 КК незалежно від того чи знав про групу хабародавець. Проте, якщо останній усвідомлював, що хабар одержується групою службовців, то його дії є більш суспільно небезпечними порівняно з діянням, передбаченим ч.1 ст.369 КК. *В зв'язку з цим в ч.2 ст.369 КК варто закріпити таку кваліфікуючу ознаку давання хабара, як його давання групі службових осіб, які діють за попередньою змовою, що повністю відповідало б рекомендаціям Модельного кримінального кодексу для країн-учасниць СНД.* Варто зауважити, що якщо особа, відповідно до домовленості передає частини одного хабара кожному члену групи службовців, які діють за попередньою змовою, усвідомлюючи, що службовці діють спільно, то її дії не утворюють повторність, адже передається *один* хабар *одному* суб'єкту (групі) за вчинення *одного* комплексу дій. Описана ситуація також свідчить про необхідність введення зазначеної кваліфікуючої ознаки для давання хабара.

Таким чином, одержання хабара за попередньою змовою групою осіб передбачає участь у такій групі кількох службових осіб, кожна з яких одержує чи повинна одержати частину хабара і виконує діяння з використанням службового становища, що необхідне для задоволення того інтересу, за який дається хабар. Оскільки давання хабара групі службовців, які діють за попередньою змовою становить значно більшу суспільну небезпеку порівняно з діянням, передбаченим ч.1 ст.369 КК, то доцільно надати цій обставині кваліфікуючого значення, закріпивши в ч.2 ст.369 КК відповідну кваліфікуючу ознаку.

Список використаних джерел:

1. Аветисян С.С. Некоторые вопросы квалификации соучастия в преступлениях с ненадлежащим специальным субъектом // Закон и право. – 2004. – №1. – с.47-49.
2. Аветисян С.С. Соучастие в преступлениях со специальным составом: теория и практика правового регулирования: Автореф. дис. ... д. ю. н. – М., 2005. – 39 с.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1186048>.
3. Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
4. Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристь, 2000. – 368 с.
5. Галиакбаров Р.Р. Квалификация групповых преступлений. – М.: Юридическая литература, 1980. – 80 с.
6. Іваненко І.В. Інститут співучасті у кримінальному праві України: новації та пропозиції // Часопис Київського університету права. – 2007. – №1. – с.142-147.
7. Квициния А.К. Должностные преступления. – М.: «Российское право», 1992. – 224 с.
8. Кримінальне право України: Особлива частина / За ред. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інетр, 1999.
9. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – К.:Ін Юре, 2003.

- 10.Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1984. – 184 с.
- 11.Ляпунов Ю.И. Ответственность за взятку. – М.: Знание, 1987. – 64 с.
- 12.Мельников А.М. Кримінальна відповідальність за вчинення злочину групою осіб: Автореф. ... к.ю.н. – К., 2004. –18 с.
- 13.Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч.посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
- 14.Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Від. ред. С.Ф. Яценко. – К.: А.С.К., 2002.
- 15.Новицький Г.В. Поняття і форми співучасті у злочині за кримінальним правом України: Наук.-практ. Посіб. – К.: Вища шк., 2001. – 96 с.
- 16.О практике применения судами законодательства об ответственности за взяточничество: Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан № 9 от 22 декабря 1995 года: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:
<http://www.supcourt.kz/site/supcourt.nsf/Documents/7CBFAE8D225FBCA5C6256F190035C70B?OpenDocument>.
- 17.Уголовное право: Особенная часть. Учебник для ВУЗов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова, Г.П. Новоселов. – М.: Норма-Инфра, 1998.
- 18.Ухвала Апеляційного суду Сумської області від 8 травня 2008 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 19.Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 вересня 2006 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
- 20.Шапченко С.Д. Співучасть у злочині (Коментар до розділу VI Загальної частини КК України) // Законодавство України. Науково-практичний коментар. – 2003. – №9. – с.68-110.