

Правова природа вимагання хабара та неправомірної вигоди

Михайленко Д.Г.

Відношення держави та суспільства до вимагання хабара за всіх часів було досить негативним. Так, починаючи із 1670 р. у законодавстві почав вживатися термін «хабар», який первинно означав винагороду посадовій особі, одержання якої було поєднане саме з вимагательством [19, с.118]. За Уложенням про покарання уголовні та виправні 1845 р. (а також в редакціях цього акта 1866 р. і 1885 р.) найбільшу суспільну небезпеку, як це прямо зазначалося, мало вимагательство хабара. За часів Радянського Союзу ознака вимагання хабара також мала місце в усіх Кримінальних законах. Вимагання при одержанні службовцем винагороди не тільки відіграло роль кваліфікуючої або навіть найнебезпечнішої ознаки протягом всієї історії боротьби з хабарництвом незалежно від політичних сил, які були при владі, а й взагалі із його засудження фактично і розпочалася активна протидія цьому негативному явищу. Чинними із моменту опублікування та такими, що мають бути введені у дію з 01.04.2010 р., є ст.235-4 КК (Комерційний підкуп) та ст.235-5 КК (Підкуп особи, яка надає публічні послуги). У частинах 4-х наведених статей вимагання неправомірної вигоди є кваліфікуючою ознакою. Зазначені посягання та хабарництво, маючи відмінності в об'єкті, спеціальних суб'єктах та об'єктивній стороні, по-суті є аналогічними злочинами, оскільки кожне із них характеризується як єдиний складний двосторонній злочин, який складається з двох необхідних взаємопов'язаних елементів – давання й одержання хабара (неправомірної вигоди), сторони якого є необхідними співвиконавцями [15, с.4, 7-8]. Вказані злочини є злочинами квазідоговірного характеру (кримінальна відповідальність встановлена за злочинний договір), а діяння, які входять до їх складу, не можуть бути закінчені самотійно. Вимагання хабара чи неправомірної вигоди при вчиненні усіх із зазначених злочинів хоча формально і характеризується деякими відмінностями, але має однакову правову природу. Виходячи із цього, результати розгляду суттєвих ознак вимагання хабара в такій же мірі стосуватимуться і правової природи вимагання неправомірної вигоди. А зважаючи на те, що в

юридичній літературі поставленій проблематиці не приділяється значної уваги вирішення поставленого завдання є актуальним.

Вимагання хабара має досить важливе правове значення, адже при його наявності не тільки підсилюється відповідальність хабароодержувача, а й звільняється від відповідальності хабародавець, що зумовлює необхідність точного його розуміння та застосування. Дефініція цієї кваліфікуючої ознаки міститься у п.4 примітки до ст. 368 КК і характеризується досить складним та глибоким змістом, який принципово не змінюється з часів першого офіційного визначення цього терміна у Постанові Пленуму Верховного Суду СРСР «Про судову практику по справам про хабарництво» № 9 від 31.07.1962 р.

Закріплені в Законі ознаки вимагання хабара дозволяють деяким науковцям обґрунтовано вважати, що погроза при його здійсненні є не чим іншим як психічним примусом щодо хабародавця [18, с.304-305; 11, с.166], а саме давання хабара є справою вимушеною [6, с.36], при цьому виключається його добровільність [5, с.143; 9, с.88]. Беручи до уваги, що психічним примусом, який передбачений ч.2 ст.40 КК, є кримінальне психічне насильство, при якому насильник (примушуючий) ставить за мету проти бажання потерпілого (примушуваного) домогтися від нього вчинку, що містить склад злочину, передбаченого КК [4, с.12], із таким трактуванням вимагання хабара варто погодитися. Хоча, судячи із п.4 примітки до ст.368 КК, особа вимушена дати хабара лише у випадку створення службовцем несприятливих умов для її прав та законних інтересів, однак особа, яка дає хабара під впливом вимагання у будь-якій формі, завжди діє вимушено. Ознака вимушеності поведінки особи, яка дає хабара, додатково підтверджує, що при вимаганні хабара службовець висуває погрози чи створює несприятливі умови саме щодо прав чи законних інтересів особи. Оскільки вимушеності поведінки не може бути, якщо хабародавець діє у своїх незаконних інтересах, тому що він фактично використовує давання хабара не як засіб захисту від свавілля службовця, а як засіб забезпечення таких незаконних інтересів. На підставі цього висловлюється думка, що в особи, яка дає хабара, під таким психічним примусом відсутній прямий умисел, а тому говорити про наявність складу давання хабара не можна [3]. Проте наведена позиція не відповідає положенням Закону, оскільки психічний примус згідно з КК є завжди переборним, тому умисел буде мати місце.

Вимагання хабара може здійснюватися не тільки шляхом психічного примусу, оскільки можливими є випадки застосування з використанням службового становища фізичного примусу, тобто насильства з метою змусити особу дати хабара. Враховуючи те, що особа повинна особисто передати хабара, тобто керує своїми вчинками, то такий фізичний примус є переборним. На думку деяких науковців, застосування фізичного насильства, як і вчинення іншого злочинного діяння, при вимаганні хабара не охоплюється його ознаками, а тому таким діям необхідно давати окрему правову оцінку і кваліфікувати вчинене за правилами ідеальної сукупності[13, с.150; 8, с.735; 10, с.1010]. Із таким підходом можна погодитися лише частково. Так, видається, що до змісту вимагання хабара фізичне насильство, здійснене з використанням службового становища, входить (теж саме стосується вчинення службовцем з метою вимагання хабара злочину) і охоплюється такою формою вимагання, як умисне створення (шляхом активних дій) службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара. У зв'язку з цим, вчинення при вимаганні хабара фізичного насильства чи іншого злочину, щоб змусити особу дати хабара з метою припинення порушення її прав чи законних інтересів, підлягає додатковій кваліфікації лише у випадку, коли такі протиправні дії є злочинами більш тяжкими, ніж одержання хабара, поєднане з вимаганням хабара.

Таким чином, інструментами вимагання хабара є переборний фізичний чи психічний примус. У таких випадках, згідно з ч.2 ст.40 КК питання про кримінальну відповідальність особи за заподіяння шкоди провоохоронюваним інтересам (у цьому випадку за давання хабара), вирішується відповідно до положень ст.39 КК, тобто особа, яка дала хабара внаслідок його вимагання підлягає кримінальній відповідальності лише у випадках заподіяння даванням хабара шкоди, яка є більш значимою, ніж відвернена шкода її правам чи законним інтересам. Видається, що значущість встановленого законом порядку здійснення службовими особами своїх повноважень є меншою, ніж права чи законні інтереси будь-яких осіб. Цей висновок ґрунтується на положенні ст.3 Конституції України, за яким зокрема права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. З урахуванням викладеного давання хабара за обставини його вимагання взагалі не є злочинним. Проте за ч.3 ст.369 КК (у редакції діючого Закону) особа, яка дала хабара, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо стосовно неї мало

місце вимагання хабара. Яким чином особу можна звільнити від кримінальної відповідальності, якщо її дії не є злочинними – незрозуміло. У зв'язку з цим у ч.3 ст.369 КК мова повинна йти про те, що дії особи, яка дала хабара, не є злочинними, якщо стосовно неї мало місце вимагання хабара, і кримінальну справу відносно неї не порушувати, а порушену справу закривати за відсутністю в її діянні складу злочину (п.2 ч.1. ст.6 КПК України).

Таким чином, аналіз ознаки вимагання хабара показав, що у випадках його застосування службовець, зловживаючи становищем чи перевищуючи повноваження, змушує особу дати йому хабара, погрожуючи чи створюючи несприятливі умови для прав чи законних інтересів певних осіб. Особа, яка під впливом вимагання дає хабара, діє під фізичним чи психічним примусом із сторони службової особи, а тому її поведінка не є добровільною, характеризується вимушеністю, а сам акт по даванню хабара є захистом від свавілля службовця. У зв'язку з наведеним варто погодитися, що взаємовідносини хабародавця та хабароодержувача при вимаганні хабара суттєво відрізняються від таких відносин при інших формах одержання-давання хабара[13, с.138; 12, с.122]. Не підлягає сумніву, що при вимаганні хабара дії хабароодержувача та особи, яка дає хабара, не мають ознак угоди, тобто характеризуються односторонністю діяння, у зв'язку з чим відсутня єдність умислу тощо. При одержанні хабара особа діє не під тиском посадовця, вона вільна і співпрацює з ним для досягнення незаконної мети. Наведене свідчить, що одержання хабара, поєднане з його вимаганням, не узгоджується із розумінням хабарництва як єдиного складного двостороннього злочину, сторони якого виступають як необхідні співвиконавці, та є по своїй правовій природі іншим, окремим явищем.

Вказане дозволяє запропонувати виокремити вимагання хабара із ст.368 КК та вимагання неправомірної вигоди із ст.ст. 235-4, 235-5 КК, і помістити їх в окрему норму, що відповідатиме їх правовій природі як окремих від хабарництва, комерційного підкупу та підкупу особи, яка надає публічні послуги, діянь. Варто зазначити, що схожі ідеї висловлювалися у науці кримінального права Росії, проте чітких форм так і не набули [16, с.78-79; 3]. Вимагання хабара є окремим злочином у Кримінальних законах таких країн як Сан-Маріно (ст.372), Киргизія (ст.313), Італія (ст.317) тощо. При цьому в КК Італії критерієм розмежування вимагання хабара і

його одержання слугить характер взаємовідносин хабародавця і хабароодержувач [17, с.128]. Видається, що вести мову про вимагання саме хабара чи неправомірної вигоди не можна, доцільніше цей злочин називати «Вимагання службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги».

У науковій літературі одержання хабара, поєднане з його вимаганням, відмежовують від вимагання, передбаченого ст.189 КК. Так, зазначається, що при вимаганні хабара особа, користуючись своїм службовим статусом погрожує саме діями по службі [11, с.164-165], якщо ж особа вимагає цінності під погрозою здійснення дій, не пов'язаних з його службовим становищем, то має місце майнове вимагання [7, с.104]. Таку ж позицію підтримує переважна більшість науковців, при цьому жодних інших критеріїв відмежування цих злочинів не наводиться. Новелою КК став такий кваліфікуючий склад майнового вимагання як вимагання службовою особою з використанням свого службового становища (ч.2 ст.189 КК). Проте наведена новела фактично скопіювала вимагання хабара у склад майнового вимагання, а за ознаками, що виділяються у літературі [2, с.68-69] у кожному випадку не можна провести відмежування цих злочинів. Крім того, поряд із розмежуванням цих злочинів зазначається, що якщо в діянні особи мають місце ознаки як ч.2 ст.368 КК, так і ч.2 ст.189 КК, то має застосовуватися перша норма, оскільки її санкція є більш суворою [1, с.28]. Наведеного правила вирішення конкуренції норм не існує, щоб застосувати одну з конкуруючих норм необхідно встановити, що вона є спеціальною, що в цьому випадку зробити неможливо.

Злочини, що порівнюються, відрізняються моментом закінчення, проте видається, що вимагання хабара невинувато вважається закінченим з моменту прийняття частини хабара, оскільки вимога службовою особою хабара з погрозою правам чи законним інтересам особи, а тим більше створення несприятливих для цих прав та інтересів умов в силу своєї суспільної небезпечності заслуговує на статус усіченого складу злочину, а тому доцільним є перенесення моменту закінчення вимагання хабара на більш ранню стадію, яка означена вище.

Викладене підтверджує, що ч.2 ст.189 КК та ч.2 ст.368 КК в описаному аспекті є фактично одним і тим же складом злочину, оскільки розмежувати ці норми чи визначити їх як загальну і спеціальну неможливо. Однак, якщо правозастосовувач кваліфікує дії службової особи – вимагателя по ч.2 ст.189 КК, то в цьому випадку

формально відсутня підстава звільняти від кримінальної відповідальності за давання хабара особу, яка під впливом такого вимагателя передала йому своє майно.

Таким чином, на підставі викладеного варто виключити з ч.2 ст.189 КК вимагання службовою особою з використанням свого службового становища, з ч.2 ст.368 КК одержання хабара, поєднане з вимаганням хабара, з частин 4-х ст.ст. 235-4, 235-5 КК кваліфікуючу ознаку вимагання неправомірної вигоди, п.4 примітки до ст.368 КК і п.2 примітки до ст.235-4 КК та доповнити КК статтею такого змісту:

«Вимагання службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги.

1. Вимагання службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, тобто вимога такою особою чужого майна, права на майно або вчинити дії майнового характеру з погрозою вчинення або невчинення дії з використанням службового становища чи повноважень по наданню публічних послуг, яка може порушити права чи законні інтереси іншої особи, її близьких родичів чи юридичних осіб, власником чи представником яких вона є, або умисне створення такою особою з використанням службового становища чи повноважень по наданню публічних послуг умов, за яких інша особа вимушена надати майно, право на майно або вчинити дії майнового характеру з метою запобігти чи припинити порушення прав чи законних інтересів зазначених осіб – ...»

Оскільки наведене вимагання спрямоване насамперед на порушення права власності, а не на об'єкт злочинів, передбачених розділом VII-А чи XVII КК, то доцільно його помістити до розділу VI КК.

Список використаних джерел:

1. Андрушко П.П. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України) / П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 7 (59). – С. 22-28.

2. Андрушко П.П. Кримінально-правова характеристика окремих злочинів у сфері службової діяльності / П.П. Андрушко, А.А. Стрижевська // Законодавство України: науково-практичний коментар. – 2005. – № 10. – С. 31-78.

3. Будатаров С.М. Вимогательство взятки: уголовно-правовая характеристика / С.М. Будатаров // Сибирский юридический вестник. – Иркутск, 2004. – № 2. – С. 62-67: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1167299>.

4. Гуртовенко О.Л. Психічне насильство у Кримінальному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О.Л. Гуртовенко. – О., 2008. – 17 с.

5. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Здравомыслов Б.В. – М. : Юридическая литература, 1975. – 168 с.

6. Карпушин М.П., Дмитриев П.С. Взятничество – позорный пережиток прошлого / М.П. Карпушин, П.С. Дмитриев. – М. : Юрид. лит., 1964. – 64 с.
7. Квициния А.К. Взятничество и борьба с ним / Квициния А.К. – Сухуми : Алашара, 1980. – 183 с.
8. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В.М. Лебедева. – М. : Норма, 2003. – 880 с.
9. Кримінальна відповідальність за посадові злочини / [В.А. Клименко, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк]. Коментар до Закону України «Про боротьбу з корупцією» / [М.І. Мельник, Г.О. Омельченко, М.І. Хавронюк]. – К. : «Бліц-Інформ», 1996. – 512 с.
10. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / [За заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація]. – К. : Ін Юре, 2003. – 1196 с.
11. Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество / Кучерявый Н.П. – М., 1957. – 187 с.
12. Логінов О.В. Правова характеристика вимагання хабара за новим кримінальним законодавством України / О.В. Логінов // Вісник Одеського інституту внут-рішніх справ. – 2005. – № 1. – С. 122-127.
13. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства / М.І. Мельник. – К. : Парламентське видання, 2000. – 256 с.
14. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства / М.І. Мельник. – К. : Парламентське видання, 2000. – 256 с.
15. 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 криминологія; кримінально-виконавче право» / Д.Г. Михайленко – О., 2009. – 21 с.
16. Мишин Г. Борьба со взяточничеством: некоторые направления совершенствования уголовной политики / Г. Мишин // Уголовное право. – 2000. – № 3. – С. 75-80.
17. Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах / [Отв. ред. Ф.М. Решетников]. – М. : Юрид. лит., 1994. – 128 с.
18. Прохоренко А. Вимагання хабара як кваліфікуюча ознака одержання хабара / А. Прохоренко // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XI регіон. наук.-практ. конф. – Львів, 2005. – С. 304-306
19. Серов Д. Противодействие взяточничеству в России: опыт Петра I (законодательные, правоприменительные и организационные аспекты) / Д. Серов // Уголовное право. – 2004. – № 4. – С. 118-120.