

Хмиз Мар'яна Василівна

*аспірантка кафедри кримінального права
та кримінології Львівського національного
університету імені Івана Франка*

**«ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ»
ЯК САМОСТІЙНИЙ СКЛАД ЗЛОЧИНУ**

Вимагання неправомірної вигоди у структурі складів злочинів, пов'язаних із так званим пасивним підкупом (ст. ст. 354, 368, 368-3 та 368-4 КК України), виступає у якості кваліфікованого складу злочину. Відповідно до положень абзацу 5 примітки до ст. 354 КК України під вимаганням неправомірної вигоди слід розуміти *вимогу* щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів. Враховуючи наведене визначення, вимагання неправомірної вигоди як кваліфікуюча ознака пасивного підкупу, на мій погляд, має у своїй природі специфіку, яка дає можливість виділити його у якості самостійного складу злочину.

Проблеми визначення поняття предмету спочатку хабарництва, а потім й підкупу, кваліфікованим видом якого зараз вважається вимагання, присвячували свої роботи О. Гудзур, О.О. Дудоров, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк та інші вчені. Проблемаам виділення окремого складу, пов'язаного із вимаганням неправомірної вигоди, присвячені праці російських вчених: С.М. Будотарова, Б.В. Волженкіна, П.В. Ніконова, Є.В. Яковенко. Поряд із тим, праці російських вчених, очевидно, не враховують специфіки українського кримінального законодавства, яке протягом останніх восьми років у частині регламентації кримінальної відповідальності за підкуп, зазнало істотних змін.

Метою цієї доповіді є перевірка гіпотези про можливість та доцільність виокремлення самостійного складу злочину – вимагання неправомірної вигоди з одночасним виключенням такої кваліфікуючої ознаки із складів пасивного підкупу, передбачених статтями 354, 368, 368-3 та 368-4 КК України.

Розгляд вказаної проблеми доцільно почати з осмислення деяких теоретичних положень загального характеру, які мають безпосереднє відношення до досліджуваного складу злочину. Так нормативні положення статей КК, в яких встановлено кримінальну відповідальність за пасивний підкуп очевидно відрізняються, однак мають достатньо спільних ознак для того, щоб розглядати їх спільно.

Ч.3 ст. 354 КК України встановлює відповідальність за такий основний склад злочину: прийняття пропозиції, обіцянки або одержання працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, в установі чи організації, або у зв'язку з діяльністю особи на користь підприємства, установи чи організації, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи;

Ч.1 ст. 368 КК України за, відповідно, прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища;

Своєю чергою, ч.3. ст. 368-3 КК України – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй

повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи;

А ч.3 ст. 368-4 КК України – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання аудитором, нотаріусом, приватним виконавцем, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром під час розгляду колективних трудових спорів неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи.

Аналіз цих нормативних положень КК України дає можливість умовно виокремити теоретичну конструкцію пасивного підкупу, яка містить спільні для всіх видів ознаки:

ознаки об'єктивної сторони – прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди (у складах злочинів, передбачених ст. ст. 354 та 368 КК України – ще й прохання надати таку вигоду);

ознаки спеціального суб'єкта (теоретично різні для кожного складу злочину);

обумовленість підкупу можливостями спеціального статусу суб'єкта пасивного підкупу.

Ця теоретична конструкція відображає спільні ознаки основних складів злочинів, викладених у наведених кримінально-правових нормах. В ній закріплено загальні умови, які визначають кордони, в межах яких пасивний підкуп тільки й може мати місце. В цьому полягає головне призначення основного складу злочину, що дає можливість відмежовувати даний склад злочину від інших злочинних діянь. Так, наприклад, у випадку одержання грошей чи іншого майна, наприклад, службовою особою за обставин, які не вписуються у смисл та зміст підкупу (наприклад, за умови відсутності обумовленості підкупу), говорити про одержання неправомірної вигоди не видається можливим.

У цьому зв'язку, аналізуючи нормативні положення КК України в яких закріплені ознаки основного та відповідного кваліфікованого складів пасивного підкупу, зокрема, можна зробити висновок про те, що неправомірна вигода, може бути в кінцевому рахунку одержана як «добровільно», тобто без застосування заходів примусу відносно особи, що її передає, так і за допомогою їх застосування, тобто шляхом вимагання.

Саме такий смисл впливає з аналізу змісту основних складів пасивного підкупу та звороту «поєднані з вимаганням неправомірної вигоди», яким позначається саме ця кваліфікуюча ознака. Чи вірне дане твердження? Чи може кваліфікований склад злочину істотно відрізнитися від основного за своєю правовою природою?

Цитуючи фрагменти диспозицій частин досліджуваних статей про пасивний підкуп, зокрема: «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду...» і далі за текстом, обгрунтовано можна зробити висновок, що вищевказані способи, варіанти одержання неправомірної вигоди можуть мати місце. Оскільки обставини, які вказували би на неправдивість такого висновку, в диспозиціях аналізованих статей відсутні.

Для перевірки вказаного твердження проаналізуємо, що таке кваліфікуючі ознаки, кваліфікуючі обставини, кваліфікований склад злочину; визначимо природу цього явища.

На думку Л.Л. Круглікова, природа кваліфікуючих ознак подвійна. З одного боку вони входять у сукупність ознак складу злочину і у цьому відношенні повинні бути наділені набором рис, властивих ознакам складу. Завдяки цим рисам вони набувають здатності впливати на кваліфікацію вчиненого, викликати появу нової санкції, що відображає специфіку диспозиції. З другого боку, кваліфікуючі ознаки не входять у цю єдино можливу сукупність ознак суспільно небезпечного діяння, яка визначає його відповідно до кримінального закону як злочинне та кримінально каране. Дані ознаки використовуються законодавцем для конструювання більш небезпечного

різновиду діянь, встановлення в законі нових меж караності, посиленої санкції порівняно з тією, що поєднана з основним складом злочину.¹ У іншій роботі цей же автор цілком справедливо стверджує, що кваліфікуючими можуть бути лише обставини, які прямо стосуються вчиненого та особи винного й знаходяться у визначеному (певному) зв'язку з вчиненим злочином. Ще одна їх властивість – це те, що вони з особливою силою впливають на рівень небезпеки поведінки. Відзначена властивість пояснює, чому саме такого роду обставини з числа тих, що відносяться до злочину та до особи винного обрані як засоби диференціації покарання.²

У розвиток наведених думок відзначимо позицію Т.А. Лєснієвскі-Костаревої, яка відзначила, що кваліфікуючими чи привілеюючими можуть бути визнані лише ті обставини, які характеризують вчинене або одночасно злочин та особу винного, іншими словами – обставини, які проявилися у вчиненому. Обставини, які відносяться до характеристики лише особи винного, включаючи її суспільну небезпеку та які не проявляються в діянні, не повинні визнаватися кваліфікуючими.³

Таким чином, необхідно відзначити, що кваліфікуючим ознакам повинні бути притаманні всі ознаки основного складу, але при цьому, відносно них мають місце такі додаткові характеристики, які посилюють, підвищують ступінь суспільної небезпеки злочину. В іншому випадку, якщо обтяжуюча вину обставина не вписувалася у зміст основного складу, воно саме по собі не могло б бути кваліфікуючою ознакою. За таких умов, його необхідно було б виключити зі структури та кваліфікувати як самостійне злочинне діяння. Як пише Б.В. Волженкін, кваліфікуючою обставиною злочину може бути якась з обставин, які так чи інакше характеризують ознаки основного складу злочину (мотив, мета, спосіб дії кількість потерпілих та ін.), але ніяк не вчинення іншого

¹Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2005. – С.80-81.

²Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С.177.

³Лєснієвскі-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Издательство НОРМА, 1998. – С.188.

злочину.⁴Таким чином, постає головне питання, яке підлягає розв'язанню у цій роботі: чи «вписується» аналізований кваліфікований склад у зміст основного складу?

У теорії кримінального права є дві діаметрально протилежні позиції з цієї проблеми. П.В. Ніконов стверджує, що наявність вказаної кваліфікуючої ознаки в структурі розглядуваної статті органічно вписується в її зміст. Законодавцем, на його думку, конкретно визначено, що такий спосіб одержання хабара (*аналіз проводиться стосовно положень КК РФ – М.Х.*), як вимагання, може мати місце лише в описаній ситуації. В інших випадках, коли дії (бездіяльність) винного кваліфікується не за п. «в» ч. 4 ст. 290, йдеться про добровільний характер одержання хабара. Тут слід відзначити, що розглядувана ситуація була б іншою, коли була б відсутня спеціальна виділена кваліфікуюча ознака – вимагання хабара. За таких обставин у випадку вчинення службовою особою злочину, передбаченого ст. 290 КК як шляхом вимагання, так і «добровільним» способом, дії винного слід було б кваліфікувати за однією ж і тією частиною однієї статті без будь-яких додаткових умов.⁵ З міркуваннями автора складно погодитися, особливо із урахуванням формулювання положень українського кримінального законодавства. Основний склад аналізованих злочинів, зміст імплементації міжнародно-правових положень протидії корупції, передбачає такі види поведінки, які дають можливість називати саме цей вид підкупу «пасивним» - прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди. Вимагання ж неправомірної вигоди пасивною формою поведінки не назвеш. Ініціатива у цьому випадку переходить до одержувача вигоди. Щоправда два з чотирьох аналізованих складів злочинів серед ознак об'єктивної сторони основного складу злочину містить таку форму поведінки як «прохання надати неправомірну вигоду». Ця форма об'єктивної сторони так само не «вписується» у пасивний характер цього виду підкупу. Поряд із цим,

⁴Волженкин Б.В. Принцип справедливости и проблемы множественности преступлений в УК РФ // Законность – 1998 - № 12. – С.7.

⁵Никонов П.В. Уголовно-правовая характеристика получения взятки: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Иркутск: Байкальский Государственный университет экономики и права, 2005. – С. 180-181.

очевидним є те, що ступінь інтенсивності прохання істотно інша, ніж вимагання. Здається, що у «чистому» вигляді підкуп, якщо так можна сказати, виключно добровільний злочин – своєрідна необхідна співучасть, або іншими словами – злочинна угода. Вимагання ж спотворює таку угоду, виходить за межі природи підкупу і саме тому заслуговує на окрему криміналізацію.

Це пов'язано із тим, що дії службової особи спрямовані на одержання неправомірної вигоди від того, хто її надає, здійснюються проти волі та бажання останнього, тобто під погрозою вчинення дій, які можуть спричинити шкоду його законним інтересам, або умисне поставлення його в умови, за яких він вимушений надати неправомірну вигоду з метою попередження шкідливих обставин для його правоохоронюваних інтересів. Іншими словами, особа, яка передає таку вигоду, надає її проти всупереч своєї волі та бажання.

Протилежна П.В. Ніконову позиція, яка видається нам більш обґрунтованою, відстоюється у дисертації С.М. Будатарова. Так, автор зазначає, щослужбове вимагання слід розглядати не з точки зору схеми «дії хабародавця – наявність вимагання», а через призму моделі «примушення – вимушене давання хабара = вимагання хабара».⁶

Й справді, не викликає сумнівів той факт, що в окремих випадках пропозиція передати неправомірну вигоду може виходити з боку службової особи або іншого спеціального суб'єкта та може бути сприйняте приватною особою. Своєю чергою, представник влади може не вчиняти жодних конкретних дій, оскільки приватна особа явно схиляє її на одержання неправомірної вигоди. Безумовно, що у вказаних вище двох випадках наявна угода про підкуп. Однак, досить ймовірні й такі ситуації, коли один тільки авторитет службової особи, її тон вже викликають в приватної особи готовність надати неправомірну вигоду з метою уникнення утиску зі

⁶Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – С.188

сторони того, хто має владу. Межа між грубою пропозицією «Дай...» та м'яким примусом «чи не могли би Ви...» може бути ледь помітною.⁷

Вказані тонкощі розмежування природи явищ, пов'язаних із підкупом, описані у спеціальній літературі. Більше того, вони ставали об'єктом інтересу ще у ХІХ столітті. Так, у Російській імперії Урядуючий Сенат керувався ступенем та характером впливу службової особи на поведінку приватної особи («презумпція примусу»). Він відзначав, що під «вимогою» слід розуміти лише такий вплив зі сторони вимагача на волю того, в кого вимагають, який за своїм характером та обставинами, які його супроводжують, міг примусити того, в кого вимагають, до передачі майна зі страху за свій особистий чи майновий добробут. Вимога, яка не має такої властивості, є рівносильною виявленню бажання.⁸ Як бачимо, рекомендації Урядуючого Сенату акцентують увагу на юридичній оцінці внутрішнього співвідношення між наданою приватною особою неправомірною вигодою з діями представника влади – чи дається неправомірна вигода тільки за дії по службі, чи хоча за дії, але з метою уникнення інших дій, якими службова особа погрожує, або які ймовірно вчинить при ненаданні майнової вигоди. Критеріями ідентифікації такого «внутрішнього співвідношення», виступають «привід» та «шлях» набуття службовою особою майнових цінностей.⁹

Історія знає випадки, коли вимагання неправомірної вигоди закріплювалося у кримінальному законі як самостійне посягання, а не кваліфікований склад підкупу. Так, в Уложенні про покарання 1845 року вимагання хабара іменували «вищим ступенем лихоїмства» та розглядали окремо від звичайних різновидів одержання хабара (ст. 406 ред. 1845 р., ст. 377 ред. 1885 р.). В Уложенні 1903 року воно також було самостійним злочинним

⁷Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – С.189

⁸Систематический сборник решений Правительствующего Сената по вопросам ответственности должностных лиц административного ведомства за преступления по должности (1868-1896 г.г.) / Сост. В.И. Тимофеевский и С.П. Кузнецов. – СПб, 1896. – С.876, 882

⁹Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – С.190.

діянням (ст. 657).¹⁰ Про доцільність винесення вимагання неправомірної вигоди за межі складу підкупу відзначається і в сучасних дослідженнях. Так, Є.В. Яковенко пропонує доповнити КК РФ ст. 290-1 «Вимагання хабара». Вона обґрунтовує свою пропозицію наявністю додаткового об'єкта – прав і законних інтересів громадян і характером дій, які вчиняються службовою особою.¹¹

Висновок. Проведений аналіз, на нашу думку, засвідчує, що є всі підстави стверджувати можливість та, навіть, необхідність виділення вимагання неправомірної вигоди зі складу пасивного підкупу у самостійний склад злочину. Така можливість обумовлена низкою чинників, серед яких головними є:

- Інша правова природа суспільно небезпечного посягання при вимаганні неправомірної вигоди. Це обумовлено тим, що кримінально-протиправна, злочинна угода підкупу, як добровільна взаємна поведінка двох суб'єктів перетворюється на односторонню «вимогу» з боку спеціального суб'єкта;
- Інша об'єктивна сторона посягання: на відміну від прийняття пропозиції, обіцянки, одержання, чи навіть прохання неправомірної вигоди з'являється складне утворення, що поєднує у собі власне вимогу та погрозу активного чи пасивного характеру;
- Можливість створення уніфікованої заборони щодо всіх видів спеціальних суб'єктів пасивного підкупу.

Моделюючи відповідну кримінально-правову норму, врахуємо всі види спеціальних суб'єктів пасивного підкупу, відповідальність яких диференціюється залежно від наявності факту вимагання неправомірної вигоди, законодавче визначення цього поняття та розміри санкцій за відповідні посягання. Формулювання цієї норми могло б мати такий вигляд:

Стаття ___ Вимагання неправомірної вигоди

¹⁰Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – С.190.

¹¹Яковенко Е.В. Уголовно-правовая борьба с взяточничеством: Автореферат диссертации кандидата юридических наук. – Владивосток, 2004. –С.С. 9, 20.

1. Вимагання працівником підприємства, установи чи організації, службовою особою або особою, яка надає публічні послуги, неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів, -

карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю з конфіскацією майна.

Список використаних джерел

1. Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2005. – 336 с.
2. Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 300 с.
3. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: Издательство НОРМА, 1998. – 296с.
4. Волженкин Б.В. Принцип справедливости и проблем множественности преступлений в УК РФ // Законность – 1998 - № 12. – С.6-11.
5. Никонов П.В. Уголовно-правовая характеристика получения взятки: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Иркутск: Байкальский Государственный университет экономики и права, 2005. –259 с.
6. Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – 234 с.
7. Систематический сборник решений Правительствующего Сената по вопросам ответственности должностных лиц административного ведомства за преступления по должности (1868-1896 г.г.) / Сост. В.И. Тимофеевский и С.П. Кузнецов. – СПб, 1896. – С.876, 882 // Цитата наведена у роботі Будатаров С. М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: Дис. ...канд.юрид. наук: 12.00.08. – Томск: Томский государственный университет, 2004. – 234 с.
8. Яковенко Е.В. Уголовно-правовая борьба со взяточничеством: Автореферат диссертации кандидата юридических наук. – Владивосток, 2004. – 24 с.