

МІСЦЕ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ У СКЛАДІ ПІДКУПУ

У статті відзначається, що поява поняття «неправомірна вигода» у кримінальному законодавстві України завдячує міжнародно-правовим зобов'язанням нашої держави. Метою цієї публікації є встановлення змісту та виявлення правової природи неправомірної вигоди у складі підкупу за кримінальним правом України. Аналіз місця неправомірної вигоди у складі злочину дав можливість зробити такі висновки: 1) неправомірна вигода – це те, що особа незаконно пропонує, обіцяє або надає, а службова особа чи інший спеціальний суб'єкт безпідставно одержує за визначену спеціальним статусом поведінку; 2) підкуп у більшості випадків – корисливий злочин, тому предмет неправомірної вигоди здебільшого має майновий характер. З іншого боку – мотивом поведінки спеціального суб'єкта є одержання безпідставних переваг; 3) неправомірна вигода не є предметом підкупу, оскільки при наданні неправомірної вигоди сама така вигода виступає в ролі засобу вчинення злочину, а при її одержанні становить продукт злочинної діяльності спеціального суб'єкта.

Ключові слова: *неправомірна вигода, предмет, знаряддя, склад злочину, підкуп.*

В статье отмечается, что понятие «неправомерная выгода» в уголовном законодательстве Украины появилось благодаря международно-правовым обязательствам нашего государства. Целью этой публикации является установление содержания и правовой природы неправомерной выгоды в составе подкупа по уголовному праву Украины. Анализ места неправомерной выгоды в составе преступления дал возможность сделать такие выводы: 1) неправомерная выгода – это то, что лицо незаконно предлагает, обещает или передает, а должностное лицо или другой специальный субъект безосновательно получает за определенное специальное поведение; 2) подкуп в большинстве случаев – корыстное преступление, поэтому предмет неправомерной выгоды в основном имеет имущественный характер. С другой стороны – мотивом поведения специального субъекта является получение безосновательных преимуществ; 3) неправомерная выгода не является предметом подкупа, поскольку при передаче неправомерной выгоды сама такая выгода выступает в роли средства совершения преступления, а при ее получении является продуктом преступной деятельности специального субъекта.

Ключевые слова: *неправомерная выгода, предмет, средство, состав преступления, подкуп.*

The article states that emergence of notion «undue advantage» in criminal legislation of Ukraine is owed to legal obligations under international law of our country. The aim of this publication is to establish content and identify legal nature of undue advantage in corpus delicti of bribery in criminal law of Ukraine. The official motive for second stage of amendment of criminal legislation of Ukraine – replacement of term «bribe» to term «undue advantage» – was totality of at least two factors: a) adjustment of legislation in accordance with international conventions; b) standardization of terminology of Criminal Code of Ukraine. It is stated that definition of notion «undue advantage» has a complex evolutionary path of development. A peculiar point was April 26, 2015 when Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» and relevant changes to criminal legislation entered into validity; according to it, notion «undue advantage» is defined this way – funds or other property, advantages, privileges, services, intangible assets and any other benefits of intangible or non-monetary nature that are offered, promised, given or received without legal grounds. Analysis of place of undue advantage in corpus delicti made it possible to draw at following conclusions: 1) undue advantage – is an advantage that a person unlawfully offers, promises or gives, and official or other special subject groundlessly obtains for behavior defined by special status; 2) in most cases bribery is an acquisitive crime; that is why subject-matter of undue advantage in most cases has material nature. On other hand – motive of special subject's behavior is to obtain groundless advantages; 3) undue advantage is not subject-matter of bribery, as when it is given it constitutes a means of committing of a crime, and when it is obtained it is product of criminal activity of special subject.

Key words: *undue advantage, subject-matter, means, corpus delicti, bribery.*

Вступ. Поява поняття «неправомірна вигода» у кримінальному законодавстві України завдячує міжнародно-правовим зобов'язанням нашої держави. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173), що ратифікована Законом України № 252-V від 18.10.2006 року і набрала чинності 01.03.2010 року, якщо бути до кінця відвертим, не оперує цим терміном [1]. Статті 2, 7, 8 та інші містять поняття «неправомірна перевага», яке за своїм смисловим навантаженням дещо відрізняється від поняття «неправомірна вигода». Проте це не стало на заваді нашому законодавцеві запровадити аналізоване поняття у систему кримінального законодавства, яке відбулося в умовні три етапи: 1) внесення чинних змін у 2011 році, які є найбільш масштабними; 2) зміни, запроваджені у 2013 році, які стосуються хабарництва, пов'язані зі виключенням із кримінального законодавства саме цього поняття і заміни його на «неправомірну вигоду»; 3) зміни 2014 року, обумовлені соціально-політичною ситуацією у країні, які полягають у зміні складів злочинів, пов'язаних зі зміною криміналізації зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень.

Постановка завдання. Метою цієї статті є встановлення змісту та виявлення правової природи неправомірної вигоди у складі підкупу за кримінальним правом України.

Результати дослідження. Причини внесення відповідних змін потребують відповідного аналізу, який повинен стати по суті самостійним дослідженням. У аспекті нашого дослідження цікавим є наступне. Офіційним мотивом внесення 2-го етапу змін у кримінальне законодавство України – заміни терміну «хабар» на термін «неправомірна вигода» – стала сукупність щонайменше двох факторів: а) приведення законодавства у відповідність до міжнародних конвенцій; б) уніфікація термінології КК України.

Щодо першого фактору – повіримо законодавцю на слово, оскільки офіційний переклад відповідних міжнародних конвенцій українською мовою (Конвенція ООН проти корупції, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією) містить термін «хабар» та інший за природою термінологічний зворот «неправомірна перевага».

Щодо другого фактору, то потрібної для якісного КК уніфікації термінології фактично не відбулося, адже для різних статей про підкуп цей термін має різний зміст (наприклад, для ст. 160 та інших статей про підкуп).

Як основний аргумент на користь внесення таких змін до законодавства про кримінальну відповідальність України в супровідних документах до законопроекту реєстр. № 2802 від 15 квітня 2013 р. вказувалося на те, що положення щодо хабарництва необхідно привести у відповідність до стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, аби вони в повній мірі охоплювали будь-яку форму неправомірної вигоди (з посиланням на п. 64 Рекомендації групи держав Ради Європи проти корупції). Втім, звертаємо увагу, що зазначена вище Конвенція загалом не оперує таким поняттям, як «неправомірна вигода». Натомість, у статтях 2–12 цієї Конвенції вказується на те, що кожна Сторона повинна вжити таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за дачу та отримання хабара національними державними посадовими особами; хабарництво членів національних представницьких органів, іноземних державних посадових осіб, а також членів іноземних представницьких органів; дачу та одержання хабара у приватному секторі; хабарництво посадових осіб міжнародних організацій та членів міжнародних парламентських асамблей; хабарництво суддів і посадових осіб міжнародних судів. При цьому, як предмет такого «хабарництва» визнається неправомірна перевага, яку обіцяє, пропонує, надає чи отримує відповідна особа [2, с. 503–504].

Примітно, що відмова від кримінально-правового поняття «хабар» не впливає з вимог міжнародно-правових актів у сфері боротьби з корупцією, ратифікованих Україною [3, с. 527].

Проте й визначення поняття «неправомірна вигода» пройшло свій складний еволюційний шлях. Редакція цих визначень, а також «зникнення» із визначення неправомірної вигоди словосполучення «...безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову» дають підстави тлумачити зміст цього поняття як те, що не в усіх випадках має матеріальний, майновий вираз, як це традиційно сприймалося й щодо предмета хабара раніше, так і щодо неправомірної вигоди до останніх законодавчих новел квітня 2013 року.

У цьому аспекті категоричне твердження, наприклад, що міститься у проекті «Методичних рекомендацій з питань організації нагляду під час досудового розслідування корупційних кримінальних правопорушень стосовно суддів і працівників правоохоронних органів» про те, що «...нематеріальні активи завжди мають майновий характер, тобто можуть бути виражені у грошовій формі», викликає певні сумніви щодо адаптивності застосування у новій редакції антикорупційного законодавства.

Щоправда, не можна відкидати й те, що Податковий кодекс України, який у ст. 14 та 145 визначає поняття та зміст нематеріальних активів, вказує, що (14.1.120.) нематеріальні активи – право власності на результати інтелектуальної діяльності, в тому числі промислової власності, а також інші аналогічні права, визнані об'єктом права власності (інтелектуальної власності), право користування майном та майновими правами платника податку в установленому законодавством порядку, в тому числі набути в установленому законодавством порядку права користування природними ресурсами, майном та майновими правами. Крім того, ст. 14.1.40. ПК України вказує, що гудвіл (вартість ділової репутації) – нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства

як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо. Таким чином, нематеріальні активи, щодо яких може виникати спір стосовно їх майнового характеру (це впливає з редакції примітки до ст. 354 КК) з позиції податкового законодавства однозначно такий характер мають, а отже, можуть і повинні мати грошову оцінку. Саме таке тлумачення поняття «неправомірна вигода» й бралось науковцями та практиками до уваги та істотно впливало на вирішення конкретних кримінально-правових питань.

Своєрідною крапкою стало набрання 26 квітня 2015 року законної сили Законом України «Про запобігання корупції» та відповідних змін до кримінального законодавства, відповідно до яких поняття «неправомірна вигода» визначено як: грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав.

Тепер спробуємо «накласти» сучасні положення українського кримінального законодавства на існуючі на пострадянських теренах дискусії стосовно предмета «хабарництва» в аспекті визначення його змісту та місця у складі відповідних злочинів.

У спеціальній літературі завжди відзначалося, що відсутність конкретики у законодавчому визначенні предмета хабара зумовлює неоднозначність у розумінні та застосуванні норм КК [4, с. 116].

При цьому абсолютна більшість авторів відносить «хабар» – «неправомірну вигоду» – до предмета відповідного злочину. При цьому відзначається, що можна визначити основоположні ознаки предмета злочину:

- предмет злочину нерозривно пов'язаний і впливає із суспільних відносин, які є об'єктом злочину;
- матеріальна вираженість предмета злочину, тобто можливість фіксувати предмет органами чуття або спеціальними технічними засобами;
- предмет пов'язаний із метою злочинця вплинути на нього певним чином;
- з приводу предмета та (або) шляхом впливу на нього безпосередньо й вчиняється злочинне діяння;
- предмет відрізняється від «активних» ознак злочину (засобів і знарядь злочину), адже посягання вчиняється не за допомогою або шляхом застосування предмета, а щодо самого предмета чи з приводу нього;
- предмет є обов'язковою ознакою складу злочину лише при визначенні в законі [4, с. 116–117].

Нагадаємо, що вчені донедавна вважали найважливішою проблемою в аспекті визначення предмету злочинів, пов'язаних із хабарництвом, питання його законодавчого закріплення. Йшлося про те, що у ст. 368 КК України знаходиться відображення позиція: «одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабара», яка, в свою сергу, вказує на обов'язковий характер предмета злочину. Натомість, ця позиція не є конкретизованою, що й породжувало труднощі її тлумачення. Крім того, зазначене законодавче положення наводило на думку про можливість визнання хабаром вигоди, позбавленої матеріального вираження (матеріального змісту). Проте можливість визнання предметом злочинів, пов'язаних із хабарництвом, вигоди нематеріального характеру суперечило основним положенням теорії кримінального права щодо обов'язковості матеріального вираження предмета злочину.

Слід зазначити, що судова практика вирішувала питання трактування предмета хабара, беручи до уваги лише матеріально виражені елементи суспільних відносин або елементи, які хоч і не мають матеріального закріплення, але породжують майнову вигоду. Натомість, на думку вчених, таке роз'яснення з логічних позицій виявляється правильним і виправданим, але не повною мірою відповідає положенням закону, оскільки вказівка на будь-який вид хабара ще не означає, що йдеться саме про будь-який матеріальний хабар, адже тут може розумітися будь-який вигляд хабара взагалі, у тому числі нематеріальний [5, с. 78].

Іншими словами, поставала проблема визнання немайнових (нематеріалізованих) благ предметом хабара, що й породжує діаметрально протилежні думки науковців із цього приводу. На думку окремих учених, для ефективного розуміння предмета злочинів, пов'язаних із хабарництвом, а також із метою узагальнення позицій визначення такого предмета необхідно виділити матеріалістичний та ціннісний підходи до трактування предмета хабара.

Так, в основу матеріалістичного підходу розуміння предмета злочинів, пов'язаних із хабарництвом, закладена ознака матеріального вираження предмета хабара, що впливає із загальних ознак предмета будь-якого злочинного діяння й уособлюється здатністю предмета бути сприйнятим органами чуття людини чи бути зафіксованим технічними засобами. Ознака матеріального вираження предмета також безпосередньо пов'язана з об'єктивним розумінням предмета хабарництва, що, на думку О. Дудорова, дає можливість вважати предметом хабара блага, наявність яких піддається більш-менш точному, об'єктивному встановленню [6, с. 17]. У свою чергу, зазначимо, що об'єктивне встановлення матеріального вираження предмета повинно базуватися на емпіричності, тобто на можливості сприймати предмет органами чуття або фіксувати його технічними засобами. З цього випливає, що предмет хабара повинен виражатися лише матеріальними (фізичними) цінностями та благами, тобто мати виключно матеріалізований характер. Йдеться про те, що утворення нематеріального світу або такі, котрі не здатні сприйматися органами чуття людини чи фіксуватися технічними засобами (зокрема, права, свободи, соціальні норми, ідеї та послуги), не можуть розглядатися предметом злочинів, пов'язаних із хабарництвом. Вихідним при цьому є обов'яз-

ковість фізичного вираження таких нематеріальних утворень. Слід зазначити, що матеріальним вираженням зазначених цінностей можуть виступати предмети та документи, що надають, засвідчують конкретні права та свободи або фіксують факт існування авторських ідей. Іншими словами, предметом хабара, на думку аналізованого вченого, повинні виступати не власне права як абстрактні поняття, а документи чи предмети, що надають таких прав конкретному суб'єкту правовідносин.

Наприклад, предметом злочинів, пов'язаних із хабарництвом, має визнаватися не право власності як таке, а документи, що посвідчують права окремих суб'єктів на володіння, користування чи розпорядження тим або іншим майном [4, с. 117].

Застосовуючи ціннісний підхід до розуміння предмета злочинів, пов'язаних із хабарництвом, необхідно звернути увагу на те, що в основу такого підходу закладена соціальна ознака предмета злочину. Остання, за твердженням Є. Лашука, характеризує предмет злочину як цінність (утворення, що оцінюється), тобто включене у систему відносин між людьми. Речі чи інші матеріальні утворення, які не оцінюються (не мають цінності), не повинні виступати предметом злочинів взагалі [7, с. 9]. Зазначимо, що характер і критерії оцінювання матеріальних утворень є досить різними та можуть відображати майнову цінність предмета, його корисність, державне, соціальне значення тощо. На нашу думку, соціальна ознака предмета злочину має базуватися виключно на соціальному аспекті оцінювання матеріальних утворень, а як аспект індивідуального оцінювання до уваги брати недоречно. Йдеться про те, що оцінювання матеріальних утворень як предмета злочинів, пов'язаних із хабарництвом, повинно виходити не з індивідуальних уявлень особи про можливість оцінки такого предмета, а з соціальних позицій такого оцінювання, тобто із системи відносин між людьми. Поясненням такого визначення є необхідність встановлення єдиного об'єктивного розуміння предмета хабарництва, а за умов індивідуального оцінювання не видається неможливим, адже предмет злочинного посягання перетвориться на систему цінностей (благ) особистого характеру конкретного індивіда. У той самий час цінності та блага особистого характеру, позбавлені будь-якої соціальної оцінки (позитивної чи негативної), не можуть визнаватися предметом злочинів, пов'язаних із хабарництвом, через неможливість встановлення єдності в їх розумінні та неможливість адекватно сприймати їх характер і значення [4, с. 118].

У якості висновку своїх міркувань О. Грудзур пропонує предмет злочинів, пов'язаних із хабарництвом, визначити у КК України як отримання службовою особою хабара, тобто ціннісного матеріального утворення (грошей, майна, вигід матеріального характеру, результатів послуг матеріального характеру чи документів, що надають або посвідчують право на майно) [4, с. 119].

У концентрованому вигляді дане визначення може бути представлено таким чином: хабар – це майно чи майнові права. Чи варто спеціально доводити, що майно – це не хабар, а просто майно, а майнові права – це просто майнові права, але не хабар. Очевидно, що майно чи майнові права стають хабаром у силу наявності якихось додаткових специфічних ознак, які відображають сутність самого хабара, а тому й повинні бути відображені у визначенні хабара [8, с. 32].

Вважаючи хабар предметом хабарництва, Н. Лопашенко називає дві його ознаки:

- хабар завжди носить матеріальний характер;
- хабар є незаконною винагородою [9, с. 112].

Більш детальний перелік ознак можна знайти в І. Клепицького та В. Резанова:

- майновий характер вигоди;
- незаконність її надання;
- надання такої вигоди за вчинення дій (бездіяльності), пов'язаних із використанням службового становища посадової особи;

- одержання її посадовою особою [10, с. 132].

Не можна не погодитися з наведеними визначеннями сутності неправомірної вигоди як незаконної винагороди службовій особі за її поведінку по службі. Однак, визначення поняття, яке претендує на практичну застосовуваність, повинно містити у собі перелік ознак, необхідних та достатніх для ідентифікації позначуваного цим поняттям явища чи предмета у ряду інших явищ чи предметів. У зв'язку з цим видається необхідним не обмежуватися викладенням суті неправомірної вигоди, а сформулювати його визначення зі всіх істотних ознак, встановлення яких буде обов'язковим для кваліфікації злочинів, які становлять собою підкуп, або використовувати запропоноване законодавцем визначення. Другий спосіб видається наразі більш виваженим.

Визначаючи місце неправомірної вигоди у структурі складу підкупу, слід відзначити таке. Серед різноманітності визначень предмета злочину найбільш вдалим видається визначення, сформульоване в результаті проведення спеціального дисертаційного дослідження, за яким предмет злочину – це факультативна ознака об'єкта злочину, що знаходить свій прояв у матеріальних цінностях (котрі людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та (або) шляхом безпосереднього впливу на які вчиняється злочинне діяння [7].

Дослідивши роль неправомірної вигоди в її пропозиції, обіцянці та наданні, виявимо, що особа, надаючи її, порушує об'єкт підкупу не з приводу неправомірної вигоди та не впливаючи на неї, а, навпаки, використовує неправомірну вигоду для того, щоб досягти порушення такого об'єкта. Крім того, серед

ознак предмета злочину більшість авторів правильно виділяють, зокрема, нерозривний зв'язок предмета з об'єктом злочину. З цього робиться закономірний висновок, що ті предмети, які стоять поза охоронюваним відношенням, не можуть належати до об'єкта злочину, а тому і не можуть бути предметом такого злочину. У складі підкупу речі, предмети, які передаються у вигляді неправомірної вигоди, стоять поза охоронюваним відношенням і належать до об'єктивної сторони злочину. З таким висновком необхідно погодитися, уточнивши, яке ж саме місце неправомірна вигода займає в об'єктивній стороні її надання. Виходячи з визначення засобів вчинення злочину як предметів матеріального світу, які використовуються злочинцем у процесі вчинення злочину, видається, що неправомірна вигода є саме засобом, який застосовується вигодонадавачем для схилення спеціального суб'єкта до вчинення на його користь визначених дій, тобто неправомірна вигода посилює, робить дієвим той вплив, що застосовує вигодонадавач. А в силу ефективності такого засобу впливу, як неправомірна вигода на службових та інших специфічних категорій осіб, її використання окремо карається КК. З урахуванням наведеного не можна погодитися з авторами, які без будь-яких доводів категорично висловлюються проти визнання хабара у старій редакції засобом чи знаряддям вчинення злочину.

Складніше визначити місце неправомірної вигоди в її одержанні. Необхідно визнати, що в цьому випадку вона не може бути засобом вчинення злочину, оскільки спеціальний суб'єкт жодним чином не використовує її для посягання на об'єкт. Очевидно, що саме за неправомірну вигоду така особа порушує чи готова порушити порядок здійснення своїх повноважень. Спеціальний суб'єкт ставиться до неправомірної вигоди як до цілі, при досягненні якої він задовольнить свої потреби, тому видається, що неправомірна вигода в описі ознак її одержання є індикатором, який показує, що зловмисник діє, керуючись саме корисливим мотивом або ж мотивом безпідставного одержання неправомірних переваг.

З урахуванням викладеного видається, що неправомірна вигода, яку службова особа чи інший спеціальний суб'єкт одержує, становить собою продукт її злочинної діяльності, що є, на думку окремих авторів, приватним (особливим) випадком предмета злочину [11, с. 67–68].

Висновки. Підсумовуючи наведене, можна зробити такі висновки: 1) неправомірна вигода – це те, що особа незаконно пропонує, обіцяє або надає, а службова особа чи інший спеціальний суб'єкт безпідставно одержує за визначену спеціальним статусом поведінку; 2) підкуп у більшості випадків – корисливий злочин, тому предмет неправомірної вигоди здебільшого має майновий характер. З іншого боку, мотивом поведінки спеціального суб'єкта є одержання безпідставних переваг; 3) неправомірна вигода не є предметом підкупу, оскільки при наданні неправомірної вигоди сама така вигода виступає в ролі засобу вчинення злочину, а при її одержанні становить продукт злочинної діяльності спеціального суб'єкта.

Список використаних джерел:

1. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією. [Ратифікована 12.10.2006, набрала чинності 01.03.2010] // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 47–48.
2. Попович В.П. Окремі проблеми кримінальної відповідальності за корупційні злочини // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 10–11 жовтня 2013 р. / редколегія В.Я. Тацій (головний редактор), В.І. Борисов (заступник головного редактора) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 502–506.
3. Крайник Г.С. Щодо доцільності заміни терміну «хабар» на «неправомірна вигода» у КК України // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 10–11 жовтня 2013 р. / редколегія В.Я. Тацій (головний редактор), В.І. Борисов (заступник головного редактора) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 527–530.
4. Грудзур О.М. Предмет злочинів, пов'язаних із хабарництвом // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 8 – С. 116–119.
5. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. – К., 2000. – 256 с.
6. Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1994. – 196 с.
7. Лашук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с.
8. Бабий Н.А. Квалификация взяточничества по уголовному праву Беларуси и России [монография] / Н.А. Бабий. – М. Юрлитинформ, 2014. – 32 с.
9. Лопашенко Н.А. Взятничество: проблемы квалификации / Н.А. Лопашенко // Известие высших учебных заведений. Правоведение. – 2001. – № 6. – 112 с.
10. Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве России. Комментарий законодательства (АриНА, 2001) / И.А. Клепицкий, В.И. Резанов // СПС «КонсультантПлюс: Россия. Версия Проф.». – М., 2010.
11. Михайленко Д.Г. Кримінально-правова характеристика хабара / Д.Г. Михайленко // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – 2009 – Вип. 47. – С. 67–68.