

УДК 343.2

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТЬ «ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ» ТА «ПРОХАННЯ ЇЇ НАДАТИ»

Третяков Дмитро Анатолійович,
кандидат юридичних наук, заступник
начальника управління з розслідування
кримінальних проваджень
слідчими органів прокуратури
та процесуального керівництва
прокуратури Одеської області, доцент
кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики (Інститут
права, економіки та міжнародних
відносин Міжнародного гуманітарного
університету, м. Одеса, Україна)

Розглядається подібність та відмінність понять «вимагання» і «прохання» неправомірної вигоди, наводяться приклади неправильного застосування судами відповідних статей Кримінального кодексу України, аналізуються причини помилок, пропонуються шляхи їх усунення.

Проведено розмежування між однією з альтернативних ознак основних складів корупційних злочинів «прохання надати неправомірну вигоду» та кваліфікувальною ознакою «одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання», а також, проаналізувавши відповідні законодавчі та правозастосовні помилки, запропоновано шляхи розв'язання проблем, якими вони зумовлені.

Проведено співвідношення статей Кримінального кодексу України, в яких є такі ознаки, як прохання, вимагання, надання неправомірної вигоди з певними нормами Закону України «Про запобігання корупції».

У роботі проаналізовано думки вчених, які вивчали питання боротьби з корупційними правопорушеннями, відповідну судову практику, наведено конкретні приклади розгляду судами кримінальних корупційних правопорушень, у яких допущено неправильне трактування вищевказаних понять, досить детально звернуто увагу та обґрунтовано позицію щодо неправильного застосування відповідних норм КК України.

За результатами проведеного дослідження особливу увагу звернуто на ті законодавчі помилки, які наразі ще наявні у КК України, зазначено шляхи їх вирішення, а також надано певні рекомендації щодо застосування практичними працівниками відповідних норм відповідно до законодавства.

Ключові слова: корупційний злочин, вимагання неправомірної вигоди, прохання надати неправомірну вигоду, кваліфікувальна ознака, ознака основного складу злочину, вимога передання чужого майна службовою особою з використанням свого становища.

PROBLEMATIC ISSUES ARE THE DELINEATION OF THE CONCEPTS OF EXTORTION OF UNLAWFUL BENEFITS AND THE REQUEST TO PROVIDE IT

Tretiakov Dmytro Anatoliiovych,
Candidate of Juridical Sciences, Deputy
Head of the Department for Investigation
of Criminal Proceedings by Investigative
Bodies of the Prosecutor's Office and the
Proceedings of the Prosecutor's Office of
the Odessa Region, Senior Lecturer at the
Department of Criminal Law, Process and
Criminology (Institute of Law, Economics
and International Relations of the
International Humanitarian University,
Odessa, Ukraine)

The author discussed the similarity and similarity of the concepts of "demand" and "request" of illegal benefits; given examples of incorrect use by the courts of relevant articles of the Criminal Code of Ukraine, analyzed causes of errors, offered ways of their overcoming.

In particular, a distinction has been made between one of the alternative features of the main components of "crimes of unlawful profit" and qualifying "gaining undue advantage by extortion", as well as analyzing the relevant legislative and enforcement mistakes, and proposing ways to resolve the problems that they are caused.

The correlation between articles of the Criminal Code of Ukraine in which there are signs such as request, extortion, and unlawful gain with certain norms of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" are conducted.

The dissertation analyzes the opinions of the scientists involved in the fight against corruption offenses, the relevant judicial practice, provides concrete examples of the criminal courts' consideration of criminal offenses, which allowed incorrect interpretation of the above concepts, drew attention in detail and grounded the position regarding the incorrect application of the relevant norms of the Criminal Code of Ukraine.

According to the results of the study, particular attention was paid to those legislative errors, which are still present in the Criminal Code of Ukraine, the ways of their solution are indicated, as well as certain recommendations concerning application of the relevant standards by the practical workers in exact conformity with the legislation are given.

Key words: corruption crime, demand of illegal benefits, request to provide an illegal benefit, qualifying feature, sign of the core of the crime, demand to transfer of someone else's property to an official using his or her position.

Сьогодні вкрай актуальним є питання щодо проведення тих чи інших досліджень стосовно корупційних злочинів. Зміни, внесені у розділ XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» КК України, спричинили виникнення певних запитань, зокрема таких, які неспроможні вирішити ані науковці, ані практичні працівники, оскільки вони зумовлені очевидними законодавчими помилками. Деяка частина проблем зумовлена появою у диспозиціях статей КК України, що передбачають відповідальність за корупційні злочини, ознаками «прохання надати неправомірну вигоду» та змінами у визначенні вимагання. Труднощі, породжені такими нововведеннями, і будуть досліджені у цій роботі.

Намагання вирішити складні питання, пов'язані з розумінням нових понять, якими насичений відповідний розділ КК України, або хоча б окреслити відповідні проблеми, роблять більшість фахівців із кримінального права. Останнім часом аналізу

складів корупційних злочинів приділяють увагу О.Ф. Бантишев, Ю.В. Баулін, О.О. Дудоров, З.А. Загиней, О.О. Кваша, О.О. Книженко, І.Є. Мезенцева, М.І. Мельник, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмиш та багато інших учених.

Є характерним те, що, незважаючи на таку наукову активність, напруга у застосуванні «антикорупційних» статей КК України не зменшується. Досить часто звертатися до науковців за відповідними роз'ясненнями неоднозначних положень працівники не мають можливості. Крім того, навіть найдосвідченіші вчені не завжди здатні однозначно розтлумачити деякі ознаки корупційних злочинів, оскільки пошуки логіки законотворців іноді доходять висновку про її відсутність. Цим і визначаються розбіжності у кваліфікації однотипних подій, численні правозастосовні помилки та, як наслідок, зневіра громадян у справедливості держави та силі закону. А від неповаги до закону до зневаги до нього, тобто скоєння правопорушень, є лише один крок.

Метою статті є проведення розмежування між однією з альтернативних ознак основних складів корупційних злочинів «прохання надати неправомірну вигоду» та кваліфікувальною ознакою «одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання», а також, проаналізувавши відповідні законодавчі та правозастосовні помилки, запропонувати шляхи розв'язання проблем, якими вони зумовлені.

Слід відразу зауважити, що відповідні статті сконструйовані таким чином, що прохання неправомірної вигоди є закінченим злочином, а вимагання – ні. Адже кваліфікувальна ознака – це не «вимагання неправомірної вигоди», а її одержання, «поєднане з вимаганням». Щодо того, як кваліфікувати ситуацію, коли вимагання неправомірної вигоди було, а одержати її не вдалося з причин, що не залежали від волі вимагача, мають місце певні розбіжності думок. Однак навряд чи можна оспорювати те, що вимагання становить частину об'єктивного боку відповідних злочинів, тому подія, коли одержання неправомірної вигоди із зазначених причин не відбулося, цілком відповідає ознакам замаху на одержання неправомірної вигоди. Покарання, призначене при замаху, не може перевищувати двох третин від максимального. Отже, у разі безрезультатного прохання неправомірної вигоди особа може бути покараною більш суворо, ніж за умов такого ж вимагання. Таке може трапитися, наприклад, під час учинення дій, передбачених ч.ч. 3, 4 ст. 368 КК України, хоча вимагання неправомірної вигоди є більш небезпечним способом її отримання, ніж прохання. Але в цьому необхідно переконатися, проаналізувавши поняття «прохання» та «вимагання».

У роботі для спрощення сприйняття інформації відповідні ознаки буде розглянуто переважно на прикладі ст. 368 КК України. Статті 368-3 та 368-4 не беруться до уваги, оскільки у них допущено серйозну помилку, яку законодавець досі не виправив: ознака «прохання» потрапила у частини статей, що призначені для «хабародавця», а не навпаки.

Поняття «вимагання» та «прохання» розглянемо стосовно лише одержання неправомірної вигоди. Це пояснюється, по-перше, відсутністю вироків щодо пропозиції та обіцянки, по-друге, тим, що, незважаючи на законодавчу конструкцію, пропозиція та обіцянка (якщо не розглядати останню як погодження надати неправомірну вигоду) не є сумісними з вимаганням, оскільки є проявами ініціативи з боку «хабародавця». Зрозуміло, що вимагати того, аби тобі щось запропонували, є нонсенсом.

Певним чином зближує вимагання і прохання те, що обидва є проявами виявлення наміру одержати певні блага з боку особи, яка має можливість задоволення відповідних потреб іншої людини, що звернулася за вирішенням своїх питань. Тобто це прояв ініціативи, «підштовхування» до надання неправомірної вигоди з боку корупціонера, якого за новою науковою термінологією називають пасивним (що насправді

спотворює сутність його поведінки у разі вимагання чи прохання). Але між вимаганням і проханням спостерігаються суттєві відмінності, які характеризуються науковцями по-різному.

Ознака «прохання неправомірної вигоди» ні у Законі України «Про запобігання корупції», ні у КК України не розкривається. Навряд чи це можна вважати недоліком. Законодавець не зобов'язаний тлумачити кожен знак статті. «Прохання» – не термін, а звичайне слово, зміст якого відомий кожній людині. Тому без звертання до словників зрозуміло, що «прохання» позбавлене агресивного забарвлення, у ньому втілено бажання щось отримати з доброї волі особи, якій адресоване звернення. Здається, спроби визначати «прохання» через «клопотання», «заклики» [1, с. 878] відображають лише намагання знайти синоніми для цього слова (що виявляються не дуже вдалим).

Важко погодитися з твердженням окремих науковців, що прохання неправомірної вигоди відрізняється від її вимагання «тим, що не передбачає обов'язковості виконання, залишає можливість відмови від нього» [2, с. 8]. Під час вимагання особа під впливом погрози перебуває у жорстких умовах, оскільки можуть постраждати її законні інтереси, однак це не позбавляє її можливості зробити власний вибір. Саме тому вона і не перетворюється на жертву злочину, а залишається злочинцем, «хабародавцем» (на це свого часу було звернено увагу в постанові Пленуму Верховного Суду України).

Що ж до «прагнення мотивувати» особу до надання неправомірної вигоди [3, с. 119], то вбачається, що це притаманно проханню у реальному житті. Складно уявити собі ситуацію, коли особа просить надати їй певні блага, не намагаючись при цьому чимось зацікавити того, до кого звертається. Характерно, що такий варіант прохання у Реєстрі не зустрічається. Якщо ж теоретично припустити зовнішнє невмотивоване «прохання», то воно все одно не сприймається як «щире прохання», проте дуже нагадує завуальоване вимагання. Адже хоч як «мирно» та ввічливо не звучало б прохання, однак воно, безперечно, здатне викликати певну настороженість і тривогу в адресата. Якщо особа звернулася до іншої зі своєю «законною» проблемою, а її просять надати неправомірну вигоду, то це сприймається як прихована погроза: «не даси – не отримаєш того, що тобі потрібно», тобто як завуальоване вимагання (проте довести це майже неможливо).

Назві «завуальовано» відповідає один із варіантів вимагання, визначення якого міститься у ч. 5 примітки ст. 354 КК України. Вимаганням визнається «умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів». Таке вимагання і називають завуальованим. Уважне прочитання зазначеної примітки дає змогу переконатися, що у варіанті «прямого» вимагання про загрозу саме законним інтересам не йдеться. На це звертається увага в роботах, призначених для практичних працівників [4, с. 188]. Можна допустити, що річ тут не в принциповій позиції законодавця, а в суто технічній помилці. Інакше важко збагнути таке: коли визначення вимагання містилося ще не у ст. 354 КК України, то примітка ст. 368 КК України залишалася у своєму початковому виді, а відповідна примітка ст. 368-3 (вона поширювалася і на ст. 368-4) вже була «деформована». Указівка на «законні інтереси» стосовно відвертого вимагання, мабуть, випадково зникла з цього визначення. Навряд чи законодавець свідомо та цілеспрямовано намагався сформулювати вимагання по-різному щодо різних «корупційних» статей КК України. А згодом помилкове скорочене визначення потрапило і в узагальнювальну примітку ст. 354 КК України.

Якщо підходити до цього питання формально, зважаючи лише на «букву» закону, то може скластися враження, що «пряме» вимагання припускає погрозу і незаконним

інтересам. Проте якщо підключити до аналізу законодавчого визначення судження, відоме у науці логіки як «тим більше є підстав...», можна дійти цілком виправданого висновку, що це не так. Якщо навіть прихований, завуальований варіант вимагання передбачає погрозу лише законним інтересам, то саме таким є його відвертий, цинічний, зухвалий прояв. Як погрозу суто законним інтересам тлумачить вимагання і Верховний Суд України, який підкреслює, що «законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом хабаря, є однією з основних і обов'язкових ознак вимагання» та що «вимагання хабаря виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон... тощо» [5]. Показово, що, коли антикорупційний блок складів злочинів не містив ознаки «прохання», то науковці називали звернення суб'єкта ст. 368 КК України до особи з пропозицією задовольнити її незаконні інтереси за «хабар» саме «проханням» [6, с. 470].

Таким чином, є підстави вважати, що розмежувальною ознакою між проханням та вимаганням є відсутність загрози законним інтересам людини (висловленої прямо або завуальовано), а все інше не має значення. Проханням, а не вимаганням є й така поведінка, яка нагадує погрозу: «У разі не передання неправомірної вигоди – притягну тебе до відповідальності». Проте це не погроза, а зворотний бік пропозиції надати неправомірну вигоду за «мовчання» про виявлені порушення, тобто прохання неправомірної вигоди.

Якщо ж порушень насправді немає, а службова особа погрожує тим, що без винагороди вона, використовуючи свої можливості, звинуватить у них особу, то це підпадає під ознаки ч. 2 ст. 189 КК України, тобто вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища. Ця норма застосовується тоді, коли людині спочатку нічого не потрібно від службової особи, в неї все гаразд, тобто правопорушень немає. А службова особа своєю погрозою створює ситуацію, коли у потерпілого виникає «законний інтерес» не стати жертвою неправдивого звинувачення та з'являється бажання «відкупитися» від службової особи. Такий погляд щодо розмежування вимагання неправомірної вигоди службовою особою (ч. 3 ст. 368) та вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189), вже підтриманий іншими дослідниками [7, с. 95]. Трапляються і вирокі, в яких відповідні події кваліфіковані саме за ч. 2 ст. 189 КК України [8].

Стосовно інших судових рішень, то складається враження, що доволі часто одержання неправомірної вигоди, поєднане з її вимаганням, визнають, не «вдаючись до деталей», не намагаючись з'ясувати, чим саме погрожував підсудний та чи погрожував він чим-небудь взагалі. Висновок про вимагання робиться лише на тій підставі, що відповідний суб'єкт був ініціатором надання неправомірної вигоди. І річ не в упущенні законодавця з визначенням «прямого» вимагання. Якщо б цей «нюанс» був помічений суддями, то вони б посилалися на ч. 5 примітки ст. 354 КК України (як на доказ своєї правоти). На нашу думку, це зовсім не продумана позиція осіб, що застосовують кримінальний закон, а звичайна неухважність і неправильне розуміння самої суті вимагання.

Так, за ч. 3 ст. 368 КК України з кваліфікувальною ознакою «одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання» був засуджений головний державний інспектор податкової інспекції, який одержав неправомірну вигоду від директора приватного господарського підприємства [9]. Як ідеться у вирокі, цю винагороду було надано службовій особі «з метою запобігання негативних наслідків...». Наслідки, зокрема переведення підприємства з фіксованого режиму оподаткування на менш вигідний загальний, настали б, якщо інспектор відповідно до своїх обов'язків відрегував би на виявлені ним порушення податкового законодавства з боку агрофірми.

Проте інспектор запропонував її представникові за гроші «вирішити це питання», на що директор і погодився (можливо, із радістю). «Погроза» з боку службової особи полягала в повідомленні про те, що у разі відмови надати неправомірну вигоду він діятиме відповідно до своїх обов'язків, унаслідок чого підприємство буде переведено на несприятливий режим оподаткування. Зрозуміло, жодні законні інтереси порушника при цьому не були поставлені під загрозу, тому вимагання неправомірної вигоди в діях інспектора буде відсутнім.

Як і одержання неправомірної вигоди, поєднане з її вимаганням (ч. 4 ст. 368-3), кваліфіковано дії судового експерта науково-дослідного інституту, який обґрунтовано визнаний особою, що «провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг» [10]. Громадянин звернувся до нього із заявою про проведення експертного почеркознавчого дослідження електрофотокопій документів. Знаючи про те, що заявник зацікавлений у певному результаті, та розуміючи, що експертиза документів за фотокопіями майже неможлива (тобто може бути взагалі безрезультатною), експерт пропонував громадянину за винагороду дати бажаний для нього висновок. Отже, з тексту вироку вбачається, що експерт не лише не погрожував заявнику, а навпаки – запропонував вирішити питання на його користь, за що і попросив надати певну суму грошей. Тобто і тут наявне прохання, а не вимагання. При цьому не має значення, чи скоєний відповідний злочин у час, коли «прохання» вже було ознакою відповідних статей, чи ні. У будь-якому разі частину статті, яка містить вказівку на вимагання, застосовувати не можна за його відсутністю внаслідок відсутності погрози законним інтересам «хабародавця».

Висновки. Зважаючи на викладене, можна дійти таких висновків. Прохання неправомірної вигоди відрізняється від її вимагання лише відсутністю погрози законним інтересам особи. Прохання може виявлятися по-різному. Першим його варіантом є «озвучення» суб'єктом свого бажання отримати неправомірну вигоду, коли жодні умови не висловлюються. Другим – пропозиція пришвидшити чи іншим чином поліпшити задоволення законного інтересу особи. Третім – ситуація, коли суб'єкт пропонує особі віддячити його за те, що він не відреагує на порушення з її боку. Якщо таке порушення є, то жодним законним інтересам особи при цьому не загрожує небезпека. Саме тому це є проханням, а не вимаганням. У разі відсутності порушення та погрози його «вигадати», якщо людина не заплатить, то службова особа відповідає за ч. 2 ст. 189 «Вимагання» КК України.

Для того, щоб остаточно припинити визнання вимаганням події, коли суб'єкт пропонує особі за неправомірну вигоду приховати її правопорушення, повідомляючи, що інакше він цього не зробить, необхідно вдосконалити визначення вимагання (ч. 5 примітки ст. 354 КК України), аби було цілком зрозуміло, що погроза законним інтересам стосується обох його варіантів, а не лише «завуальованого».

Оскільки згідно з дійсною конструкцією статті відповідальність за вимагання неправомірної вигоди (у разі замаху на одержання таким шляхом неправомірної вигоди) може бути більш м'якою, ніж за прохання її надати (закінчений злочин), то є підстави порекомендувати законодавцеві сформулювати відповідну кваліфікувальну ознаку так, щоб закінченим злочином вимагання неправомірної вигоди в складі корупційних злочинів можна було вважати навіть тоді, коли неправомірну вигоду суб'єкт не одержав із причин, що не залежать від його волі.

Список використаних джерел:

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 1064 с.

2. Овод К.К. Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 18 с.
3. Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика) : навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 168 с.
4. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Дакор, 2016. 496 с.
5. Постанова Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року. URL: <http://www.scourt.gov.ua>
6. Кримінальне право (Особлива частина): підруч. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Луганськ: Елтон-2, 2012. Т. 2. 704 с.
7. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2016. № 1. С. 80–97.
8. Вирок Обухівського районного суду Київської області від 18 червня 2014 року. Справа № 372/6288/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39448247>
9. Вирок Устинівського районного суду Кіровоградської області від 4 квітня 2016 року. Справа № 403/408/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56921737>
10. Вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 27 січня 2015 року. Справа № 404/10847/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42468616>

УДК 347.734

СФЕРА БАНКІВСЬКОГО КРЕДИТУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

Шаранич Роман Сергійович,
аспірант
(Інститут права імені князя
Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління
персоналом, м. Київ, Україна)

У статті виділено комплекс криміналістично значущих особливостей функціонування сучасної банківської системи та визначено специфіку криміногенних проявів стосовно сфери банківського кредитування як її ланки. З'ясовано, що з криміналістичних позицій предметом злочинного посягання під час вчинення злочинів у сфері банківського кредитування є суспільні відносини у сфері надання кредитно-фінансових ресурсів, а саме: встановлений законом порядок надання кредитно-фінансової допомоги суб'єктам господарської діяльності, інтереси кредиторів – банків. Автором розглядаються складові частини предмету злочинного посягання, пов'язаного з незаконним одержанням субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків; аналізується зміст вищевказаних понять, загальні вимоги щодо їх одержання та використання. Доведено, що банківське кредитування можна розглядати як самостійну, що ліцензується, підприємницьку діяльність кредитних організацій, здійснювану за рахунок залучених та власних коштів на свій ризик на умовах платоспроможності, терміновості й зворотності, з дотриманням