



Яна РИЗАК,
*аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін
Інституту підготовки кадрів
Національної академії прокуратури України*

ПРЕДМЕТ КОМЕРЦІЙНОГО ПІДКУПУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Ключові слова: предмет злочину; комерційний підкуп; неправомірна вигода; хабар.

Згідно з даними неурядової міжнародної організації Transparency International, Україна в 2011 році посіла 152 місце серед 182 країн світу за рівнем поширення корупції, перебуваючи у цьому рейтингу поряд із Таджикистаном і Конго [1]. Така ситуація вже давно викликає занепокоєння. З метою забезпечення ефективної протидії корупційним проявам та посилення відповідальності за вчинення корупційних діянь 7 квітня 2011 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про засади запобігання і протидії корупції» та інші пов'язані з ним законодавчі акти. Ці закони суттєво змінюють загальнодержавний підхід до розуміння корупції та антикорупційних заходів, містять низку новел, невідомих вітчизняним правовим традиціям. Зокрема, Законом України

«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» Кримінальний кодекс України (КК України) доповнено ст. 368-3 «Комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Предметом цього злочину названо неправомірну вигоду, поняття якої є новим для вітчизняного законодавства, а тому потребує ґрунтовного вивчення.

Оскільки шлях становлення нового антикорупційного законодавства України виявився досить тривалим і непростим, на кожному етапі появи чергової редакції проектів законів чи, власне, вже самих законів вони вивчались і досить активно обговорювались фахівцями. Так, серйозної критики з боку

М.І. Мельника та М.І. Хавронюка зазнала «перша спроба» антикорупційних законів зразка 2009 року. Дослідники називали чимало законодавчих недоліків, зокрема тих, що стосуються формулювання предмета корупційних злочинів і правопорушень, визначення форми вини і суб'єкта корупційних правопорушень, допущених законодавцем прогалин [2]. В.І. Тютюгін звертав увагу на співвідношення понять «хабар» і «неправомірна вигода» [3], а Л.П. Брич висвітлювала питання кримінально-правової кваліфікації корупційних діянь, в контексті чого неправомірна вигода розглядалась як розмежувальна ознака певних правопорушень [4].

Метою пропонованого дослідження є аналіз положень антикорупційного законодавства України, які стосуються предмета комерційного підкупу, розкриття поняття неправомірної вигоди та визначення його основних ознак.

Вважаємо, що вивченню предмета злочину в науці кримінального права приділено значну увагу, а тому в межах цього дослідження воно додаткового розгляду не потребує. Погоджуємось з Є.В. Лашуком, який предмет злочину визначає як факультативну ознаку об'єкта злочину, що проявляється у матеріальних цінностях (людина може сприймати їх органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та (або) шляхом безпосереднього впливу на які вчиняється злочинне діяння [5, 3].

У порядку аутентичного тлумачення закону в примітці до ст. 364-1 КК України роз'яснюється, що під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову. Викладене визначення дублює відповідні дефініції, наведені у ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» та у примітці до ст. 72-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Передусім зауважимо, що ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (ратифікована із застереженнями Законом України від 18 жовтня 2006 року), яка стала основою для нового антикорупційного законодавства України, в офіційній редакції українською мовою предметом комерційного підкупу називає неправомірну перевагу. В офіційному тексті

англійською мовою вжито термін «*undue advantage*», що можна перекласти і як «неправомірна вигода». Таким чином, український законодавець допускає непослідовність, вживаючи різні терміни для позначення одного і того ж поняття, вносячи непотрібну плутанину, адже згідно з наведеним вище визначенням неправомірної вигоди переваги є лише одним із можливих її різновидів. Отже, вважаємо, офіційний переклад Конвенції ООН проти корупції необхідно привести у відповідність до нового антикорупційного законодавства України.

Вжитий у примітці до ст. 364-1 КК України термін «грошові кошти» за своєю етимологією походить від російськомовного звороту «денежные средства», що дослівно означає «грошові засоби». У словниках вказане словосполучення перекладається як кошти [6, 67], звідси впливає доцільність вживання терміна «грошові засоби», що буде правильним з лексичної точки зору. Щоправда, термін «грошові кошти» вже давно став загальноживаним у нормативно-правових актах України, зокрема і ухвалених Міністерством фінансів України й Національним банком України.

Гроші – особливий товар, що є загальною еквівалентною формою вартості інших товарів. Вони виконують функції мірила вартості та засобу обігу, нагромадження та платежу. Гроші перебувають і в готівковій, і в безготівковій формах у вигляді коштів на рахунках у банку та депозитах, при цьому можуть бути як національною валютою, так і іноземною. Визначення останньої закріплено у ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Слушною, на наш погляд, є думка І.А. Кузнецової, яка вказує, що для визнання грошей предметом комерційного підкупу їх форма та тип валюти значення не мають; головне, щоб на момент вчинення злочину гроші перебували в обігу, тобто виконували функцію загального еквівалента, могли бути використані як універсальний засіб платежу [7, 44]. Також предметом комерційного підкупу можуть визнаватись грошові знаки, вилучені з обігу, або такі, що підлягають вилученню, але підлягають обміну. Що ж стосується іноземної валюти, то вона визнається предметом комерційного підкупу, якщо може бути використана як засіб платежу, незалежно від того, чи було дотримано поря-

док здійснення валютних операцій, встановлений законодавством. Якщо предметом злочину, що розглядається, виступають старовинні монети, які мають нумізматичну цінність, грошима з точки зору кваліфікації за ст. 368-3 КК України вони не визнаються, однак належать до категорії «майно».

Визначення поняття «майно» закріплено у Цивільному та Господарському кодексах України, проте, вважаємо, що для більш повного його розуміння варто передусім звернутись до норм міжнародного законодавства. Відповідно до ст. 2 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (ратифікована Законом України від 4 лютого 2004 року) майно означає будь-які активи, матеріальні чи нематеріальні, рухомі або нерухомі, виражені в речах чи у правах, а також юридичні документи або акти, які підтверджують право на такі активи чи інтерес у них. Вказане визначення відтворено у ст. 2 Конвенції ООН проти корупції.

Цивільне законодавство України як особливі види майна виділяє тварин, підприємство як єдиний майновий комплекс, гроші, валютні цінності, цінні папери, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Враховуючи зазначене, на нашу думку, для кваліфікації комерційного підкупу не має значення характеристика майна, яке пропонується, надається, передається або отримується.

Незважаючи на вживання такого словосполучення, як торгівля людьми (зокрема, у ст. 149 КК України), людина не може бути майном і, відповідно, предметом комерційного підкупу. Разом із тим до предмета комерційного підкупу слід віднести предмети, вилучені з обігу або обіг яких обмежений (наприклад, наркотичні засоби, зброя). Дії винних у такій ситуації повинні кваліфікуватись за правилами сукупності злочинів.

До категорії «майно» належать і майнові права, у зв'язку з чим у випадках переуступки майнового права від службової особи юридичної особи приватного права іншій особі та «пробачення» боргу має місце предмет комерційного підкупу у вигляді майна.

Переваги – це додаткові матеріальні чи інші вигоди, можливості, які суб'єкт має порівняно з іншими особами, які ставлять його в нерівне становище з іншими особами. Синонімами терміна «переваги» є слова

«привілеї», «пріоритет», «виключне право», «першість». Як зазначає М.І. Хавронюк, переваги можуть полягати, зокрема, у праві на позачергове або першочергове одержання матеріальних благ чи послуг або пільг, які належать особі за законом. Надання незаконних переваг означає, що вони надаються особі, яка не має на них права, і при цьому порушуються інтереси інших осіб [8, 35].

Під пільгами слід розуміти різноманітні пільги, встановлені законодавством для різних категорій осіб, що полягають у звільненні їх від певних обов'язків або у наданні додаткових можливостей майнового чи немайнового характеру. До майнових належать пільги, які надаються у вигляді додаткових виплат, повного або часткового звільнення окремих категорій осіб від обов'язкових платежів. Немайновими вважаються пільги у вигляді додаткових оплачуваних відпусток, скорочення робочого часу тощо; як бачимо, немайновими ці пільги названо досить умовно. Предметом комерційного підкупу вважаються обидва названі види пільг, оскільки закон не робить з цього приводу жодних винятків чи уточнень.

Послугами вважається діяльність суб'єктів, яка не набуває матеріально-речової форми і задовольняє певні потреби замовників. Послуги є результатом різноманітної діяльності, що здійснюється виробником на замовлення будь-яких споживачів (окремих громадян, підприємств, організацій, підприємств). Специфіка послуг як продукції полягає в тому, що послуги не накопичуються (за винятком окремих видів), не транспортуються, не існують окремо від виробників, тобто вони споживаються здебільшого в момент їх надання. Загалом послуга – це насамперед трудова доцільна діяльність, результати якої виражаються в корисному ефекті, особливий споживчій вартості. Як види послуг можна назвати: транспортні; технічного сервісу; електрозв'язку; мобільного зв'язку та з доступу до Інтернету; з надання персоналу; з управління будинком; із розроблення, документації та запровадження системи управління; поштового зв'язку; ресторанного господарства; з відпочинку; з оздоровлення; з працевлаштування; з тимчасового розміщення (проживання); освітні; ритуальні тощо.

Особливу увагу слід звернути на таку категорію витрат підприємства, як: представницькі; на рекламу; підготовку і перепідго-

товку кадрів [7, 57–59]. Такі види витрат існують на підприємствах та в організаціях в усіх цивілізованих країнах з ринковою економікою. Представницькі витрати – це витрати підприємства із прийому та обслуговування представників інших підприємств, які прибули для проведення перемовин з метою підписання взаємовигідних контрактів. Зокрема, до зазначених витрат належать транспортні послуги, витрати, пов'язані з організацією офіційних прийомів (сніданок, обід, фуршетне обслуговування), послуги перекладачів.

Таким чином, не завжди такі послуги, як безкоштовний обід в ресторані, оплата проживання в готелі чи безкоштовне перевезення містом службової особи юридичної особи приватного права, набувають ознак незаконності. Адже вказані дії, хоч і пов'язані з витратами однієї сторони та отриманням матеріальної вигоди другою, є проявом ділового етикету, що сприяє налагодженню партнерських зв'язків між суб'єктами підприємницької діяльності. А відтак, перелічені правомірні послуги, незважаючи на те, що спрямовані, аби викликати у протилежній стороні бажання прийняти певне управлінське рішення, ні до чого не зобов'язують потенційних партнерів і не суперечать інтересам комерційної організації. Відповідно, про склад злочину, передбаченого ст. 368-3 КК України, у такій ситуації не йдеться.

Останнім у переліку різновидів неправомірної вигоди у примітці до ст. 364-1 Кримінального кодексу України названо нематеріальні активи. Згідно зі ст. 14 Податкового кодексу України нематеріальні активи – це право власності на результати інтелектуальної діяльності, зокрема і 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, у тому числі набуті в установленому законодавством порядку права користування природними ресурсами, майном та майновими правами. У Податковому кодексі України виділено кілька груп нематеріальних активів, а саме: права користування природними ресурсами; права користування майном; права на комерційні позначення; права на об'єкти промислової власності; авторське право та суміжні з ним права; інші

нематеріальні активи (право на ведення діяльності, використання економічних та інших привілеїв тощо).

Як окрема група нематеріальних активів виділяється гудвіл – 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.

Для визнання перелічених вище благ неправомірною вигодою як предметом злочину, передбаченого ст. 368-3 КК України, вони повинні бути певних властивостей.

Першою з них є те, що вказані різновиди неправомірної вигоди обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Це означає, зокрема, що суб'єкт злочину отримує їх, не маючи визначених для цього безпосередньо у законі підстав у формі прямого дозволу. Вказівка на прямий дозвіл відображена, наприклад, у Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції». Стаття 8 цього Закону визначає, що особи (наприклад службові особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми) можуть одержувати загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси, приймати дарунки від інших осіб. Аналогічні дозволи можуть бути визначені і у колективних договорах, додатках до контрактів чи в інших актах, що приймаються на підприємствах і є обов'язковими для його працівників.

Наступною властивістю неправомірної вигоди як предмета злочину є те, що її обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову ціну. Безоплатність означає безкоштовність, тобто відсутність умов про оплату, чим зазвичай характеризується більшість цивільно-правових договорів. Однак при цьому безоплатність не завжди свідчить про вчинення злочину, адже цивільне та господарське законодавство передбачає можливість укладення і виконання договору про безоплатне надання послуг, безоплатне користування майном, його безоплатну передачу тощо.

Як пояснює М.І. Хавронюк, йдеться про обіцянку, пропозицію надання чи одержання

неправомірної вигоди за фіктивною вартістю, внаслідок чого одержувач залишається у вигреші матеріально. Він не сплачує за предмет неправомірної вигоди ту ціну, яку за нього зазвичай сплачують інші особи. При цьому зменшення для нього вартості цього предмета відбувається у зв'язку з виконанням ним певних службових обов'язків та наявності в нього специфічних можливостей [8, 40].

Обіцянка, пропозиція, надання і одержання за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, стосується майна, переваг, пільг, послуг і нематеріальних активів. Такі дії з грошовими коштами неможливі, адже саме у грошовому еквіваленті визначається ціна будь-якої речі.

Єдина згадка про мінімальну ціну, що важливо з точки зору з'ясування суті неправомірної вигоди, міститься у Законі України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», в якому зазначається, що мінімальна ціна – це ціна товару, за якою його продаж не заподіє шкоду національному товаровиробнику. Однак вказаний Закон регулює лише питання імпорту продукції національного виробництва, а предметом комерційного підкупу можуть бути й інші категорії товарів і послуг.

Для роз'яснення поняття «ціна, нижча за мінімальну ринкову» варто звернутись до Закону України «Про ціни і ціноутворення», а також Податкового кодексу України, які визначають поняття ціни (зокрема, вільної ціни, державної фіксованої та регульованої, звичайної і ринкової). Та обставина, що поняття мінімальної ринкової ціни національним законодавством не визначене, може призвести до проблем застосування ст. 368-3 КК України.

Згідно зі ст. 14 Податкового кодексу України ринковою є ціна, за якою товари (роботи, послуги) передаються іншому власникові за умови, що продавець бажає передати такі товари (роботи, послуги), а покупець – їх отримати на добровільній основі, обидві сторони є взаємно незалежними юридично та фактично, володіють достатньою інформацією про такі товари (роботи, послуги).

Отже, мінімальною ринковою ціною доцільно визнати найнижчу ціну, за якою продавець бажає передати свій товар за умови добровільності встановлення такої ціни. У науковій літературі ціною, нижчою за мінімальну ринкову, пропонується визнавати

вірогідну ціну на конкурентному ринку в даній місцевості, за яку майно може бути продане, а послуга надана на час вчинення злочину [9, 259].

Проаналізувавши нове антикорупційне законодавство, зазначимо, що поняття неправомірної вигоди як предмета комерційного підкупу і поняття хабара, вочевидь, є тотожними. Їх відмінність полягає лише у тому, що вони використовуються у різних нормах кримінального закону. Російська кримінально-правова наука вважає комерційний підкуп різновидом хабарництва, що вчиняється особою, яка виконує управлінські функції в комерційних чи інших організаціях. Стверджується також, що предмет комерційного підкупу цілком допустимо описувати терміном «хабар» [10, 48–49].

У Конвенції ООН проти корупції та Кримінальній конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією вжито терміни «хабар» та «неправомірна вигода (перевага)» як синоніми. Тому погоджуємося з М.І. Хавронюком, який використання поняття «хабар» у чинному кримінальному законодавстві називає лише даниною традиції [8, 42], і вважаємо, що у КК України для позначення предмета злочинів, які уособлюють корупцію, варто використовувати словосполучення «неправомірна вигода».

Як відомо, звичним для кримінально-правової науки і правозастосовної практики є підхід, згідно з яким предмет хабара (та, як уже зазначалося, предмет комерційного підкупу) має майновий характер. У п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» з цього приводу зазначено: оскільки одержання хабара є корисливим злочином, його предмет має винятково майновий характер та означає майно, право на нього чи будь-які дії майнового характеру. Послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру (похвальні характеристика чи виступ у пресі, надання престижної роботи тощо), не можуть визнаватися предметом хабара. При цьому майнова вигода як предмет хабара може полягати не лише в одержанні майна, а й у звільненні від майнових зобов'язань і скороченні витрат, які у конкретній ситуації є звичними або необхідними. Принагідно звернемо увагу на те, що роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, згідно з яким

отримання немайнових послуг, пільг чи переваг за наявності для цього підстав може кваліфікуватись як зловживання службовим становищем (абз. 2 п. 4 постанови Пленуму «Про судову практику у справах про хабарництво»), виходить з того, що факт отримання зазначених благ може і повинен бути доведений у порядку, визначеному кримінально-процесуальним законодавством.

Варто також зазначити, що останнім часом в юридичній літературі (у тому числі у зв'язку із становленням нового антикорупційного законодавства України) вельми загострилося питання про визнання предметом одержання хабара (ст. 368 КК України) немайнових благ на кшталт схвального виступу у ЗМІ, статевого зв'язку, надання престижної роботи, підвищення у службовій кар'єрі, включення до виборчого списку, сприяння у вступі до ВНЗ, визнання особи переможцем конкурсу тощо. Зрозуміло, що позитивна або негативна відповідь на вказане запитання залежить від сприйняття того чи іншого тлумачення хабара.

Об'єктивне розуміння, що його, зокрема, відстоює Пленум Верховного Суду України, полягає у тому, що предметом хабара вважа-

ються блага, наявність яких піддається більш-менш точному, об'єктивному встановленню. Хабар – це винагорода, здатна покращити майнове становище хабароодержувача, предмет, який має певну мінову і споживчу вартість. Натомість суть суб'єктивного розуміння зводиться до того, що предметом хабара можуть бути блага, які задовольняють найрізноманітніші потреби, бажання, примхи людини, а отже, здатні вплинути на службову поведінку особи [11, 518–521].

Проведене дослідження дає змогу зробити висновок по те, що неправомірна вигода як предмет комерційного підкупу має майновий характер і повинна діставати грошову оцінку. Саме поняття неправомірної вигоди, яке фігурує у міжнародно-правових документах, присвячених протидії корупції, має вживатися у тексті КК України для позначення предмета злочинів, що становлять собою кримінально карану корупцію. Нагальним також є розроблення та ухвалення Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ рекомендаційних роз'яснень щодо новел антикорупційного законодавства взагалі та розуміння неправомірної вигоди зокрема.

Список використаних джерел:

1. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/#CountryResults>
2. Мельник М. Нові антикорупційні закони: пил в очі чи граната в руках мавпи? / М. Мельник, М. Хавронюк // Дзеркало тижня. – 2009. – № 50. – 19–25 грудня.
3. Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? / В. Тютюгін // Юридичний вісник України. – 2010. – № 6. – 6–12 лютого.
4. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь з врахуванням нового антикорупційного законодавства України / Л. Брич // Юридичний вісник України. – 2010. – № 19. – 8–11 травня.
5. Лащук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.08. / Є.В. Лащук. – К., 2005. – 19 с.
6. Непийвода Н. Практичний російсько-український словник: найуживаніші слова і вислови / Непийвода Н. – К.: Основа, 2000. – 376 с.
7. Кузнецова И.А. Ответственность за коммерческий подкуп: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Кузнецова И.А. – М., 2003 – 200 с.
8. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М.І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2011. – 424 с.
9. Кримінальне право України: Особлива частина: підруч. / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Х.: Право, 2010. – 4-те вид., перероб. і доп. – 608 с.
10. Тумаркина Л.П. Коммерческий подкуп: моногр. / Тумаркина Л.П. – М.: ИД Камерон, 2005. – 176 с.
11. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Дудоров О.О.; передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с.

Яна РИЗАК

ПРЕДМЕТ КОМЕРЦІЙНОГО ПІДКУПУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Резюме

Розкривається зміст неправомірної вигоди як предмета злочину, передбаченого ст. 368-3 Кримінального кодексу України. Обґрунтовується положення про доречність використання цього поняття у новому антикорупційному законодавстві та з'ясовується його співвідношення з предметом одержання хабара.

Яна РИЗАК

ПРЕДМЕТ КОММЕРЧЕСКОГО ПОДКУПА ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ УКРАИНЫ

Резюме

Раскрывается содержание неправомерной выгоды как предмета преступления, предусмотренного ст. 368-3 Уголовного кодекса Украины. Обосновывается положение об уместности использования этого понятия в новом антикоррупционном законодательстве и выясняется его соотношение с предметом получения взятки.

Yana RYZAK

COMMERCIAL BRIBERY AFTER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Summary

Gaining illegal advantage is defined as the subject of crime, determined by article 368-3 of the Criminal code of Ukraine. Provision of the appropriateness of the use of this concept in the new anticorruption legislation and its correlation with the corresponding article are grounded.