



Наталія ЯРМИШ

старший викладач
відділу підготовки прокурорів
з нагляду за додержанням законів
при виконанні судових рішень
у кримінальних провадженнях
Національної академії прокуратури України,
доктор юридичних наук, професор
red1950@i.ua

УДК 343.35

ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ТА ПРОХАННЯ ЇЇ НАДАТИ: СКЛАДНОЩІ РОЗМЕЖУВАННЯ

Наукові дослідження стосовно корупційних злочинів на сьогодні є вкрай актуальними. Радикальні зміни, внесені у розділ XVII «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» Кримінального кодексу України (КК України), спричинили виникнення численних запитань, зокрема і таких, які неспроможні вирішити ані науковці, ані практичні працівники, адже вони зумовлені очевидними законодавчими помилками. Певна частина проблем обумовлена появою у диспозиціях статей КК України, що передбачають корупційні злочини, ознаки «прохання надати неправомірну вигоду» та змінами у визначенні вимагання. Труднощі, породжені такими новелами, і є темою цієї публікації.

Намагання вирішити складні питання, пов'язані з розумінням нових понять, якими насичений антикорупційний блок КК України, або хоча б окреслити відповідні проблеми, більшою чи меншою мірою здійснюють мало не всі фахівці з кримінального права. Останнім часом аналізу складів корупційних правопорушень приділяють пильну увагу П.П. Андрушко, М.Г. Арманов, О.Ф. Бантисhev, Ю.В. Баулін, В.В. Березнер, В.М. Бурдін, О.Ю. Бусол, А.А. Вознюк, С.В. Гізімчук, Ю.В. Гродецький, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров, З.А. Загинеї, К.П. Задоєв, В.М. Киричок, С.М. Клімова, О.О. Книженко, В.П. Коваленко, І.С. Ковальова, О.В. Кришевич, С.Я. Лихо-

ва, Р.Л. Максимович, Г.В. Маляр, О.К. Марін, І.Є. Мезенцева, М.І. Мельник, В.О. Навроцький, В.І. Осадчий, В.В. Плекан, А.С. Політова, І.І. Присяжнюк, Я.В. Ризак, М.В. Рябенко, А.В. Савченко, А.А. Стрижевська, В.І. Тютюгін, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк, В.Г. Хашев, Д.О. Шумейко та багато інших учених.

Характерно, що незважаючи на таку наукову активність, напруга у застосуванні антикорупційних статей КК України не зменшується. Постійно звертатися до науковців за роз'ясненнями заплутаних положень практичні працівники не мають можливості. До того ж і найдосвідченіші вчені не завжди здатні однозначно розтлумачити деякі ознаки корупційних злочинів, оскільки пошуки логіки законотворців іноді доводять до 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 – лише один крок.

Метою цієї статті є проведення розмежування між однією з альтернативних ознак основних складів корупційних злочинів «прохання надати неправомірну вигоду» та кваліфікуючою ознакою «одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання», а також, проаналізувавши відповідні законодавчі та правозастосовні помилки, запропонувати

шляхи розв'язання проблем, якими вони обумовлені.

Проблемі розмежування зазначених у назві статті понять автором неодноразово приділено увагу в доповідях на конференціях та інших наукових форумах, у відповідних публікаціях. Проте в результаті вивчення Єдиного державного реєстру судових рішень (Реєстр) виявляються нові проблеми, зумовлені неоднозначним тлумаченням судами понять «прохання» та «вимагання» щодо неправомірної вигоди у складах корупційних злочинів. Тож існує необхідність повернутися до цієї проблеми та ще раз наголосити на відмінності між поняттями «вимагання» та «прохання» і різному статусі цих ознак у складі корупційних злочинів.

Щодо статусу аналізованих ознак одразу зауважимо, що відповідні статті сконструйовані таким чином, що прохання неправомірної вигоди є закінченим злочином, а вимагання – ні. Адже кваліфікуюча ознака – це не «вимагання неправомірної вигоди», а її одержання, «поєднане з вимаганням». З приводу того, як кваліфікувати ситуацію, коли вимагання неправомірної вигоди було, а одержати її не вдалося з причин, що не залежали від волі вимагателя, мають місце певні розбіжності думок (ця проблема заслуговує на окреме обговорення). Однак навряд чи можна оспорювати те, що вимагання становить частину об'єктивної сторони 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 при такому ж вимаганні. Таке може трапитися, наприклад, при вчиненні 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 цій публікації для спрощення сприйняття інформації відповідні ознаки розглядатимуться переважно на прикладі ст. 368

КК України. Статті 368-3 та 368-4 не беремо до уваги, оскільки у них припущена відома усім, хто знайомий з КК України, непростима помилка, яку законодавець досі не спромігся виправити: ознака «прохання» потрапила (вочевидь випадково) у частини статей, що призначені для «хабародавця», а не навпаки.

Вимагання та прохання розглянемо спільно лише одержання неправомірної вигоди. Це пояснюється, по-перше, фактично відсутністю вироків щодо пропозиції та обіцянки, по-друге, тим, що всупереч законодавчій конструкції пропозиція та обіцянка (якщо не розглядати останню як погодження надати неправомірну вигоду) несумісні з вимаганням, оскільки є проявами ініціативи з боку «хабародавця». Зрозуміло, що вимагати, аби тобі щось запропонували – нонсенс.

Зближує вимагання і прохання те, що обидва є проявами виявлення наміру одержати певні блага з боку особи, яка має можливість задоволення певних потреб іншої людини, що звернулася за вирішенням своїх питань. Іншими словами, це прояв ініціативи, «підштовхування» до надання «хабара» з боку корупціонера, якого за новою науковою термінологією називають пасивним (що насправді викривляє 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 кожну ознаку статті, інакше Кодекс перетворився б на багатотомний словник. «Прохання» – не термін, а звичайне слово, зміст якого з дитинства 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 вдалимими).

Важко погодитися із твердженням окремих дослідників, що прохання неправомірної вигоди відрізняється від її вимагання «тим,

що не передбачає обов'язковість виконання, залишає можливість відмови від нього» [2, с. 8]. При вимаганні особа справді 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 у постанові Пленуму Верховного Суду України). Більше того, наявність вимагання нині не є навіть обов'язковою умовою звільнення «хабародавця» від кримінальної відповідальності (хоча справедливості цього викликає серйозні сумніви). Попри це зустрічаються вироки, де справжньому хабародавцю як нібито потерпілому повертають гроші, надані вимагателю [3].

Що ж до «прагнення мотивувати» особу до надання неправомірної вигоди [4, с.119], вбачається, це справді притаманно проханню у реальному житті. Складно уявити собі ситуацію, коли особа просить надати їй якісь блага, не намагаючись при цьому чимось зацікавити того, до кого звертається. Характерно, що такий варіант прохання у Реєстрі і не зустрічається. Якщо ж теоретично припустити зовнішнє невмотивоване «прохання», воно все одно не сприймається як «подайте заради Христа», а дуже нагадує завуальоване вимагання. Адже хоч як «мирно» та ввічливо не звучало б прохання, воно, безперечно, здатне викликати певну настороженість, тривогу в адресата. Якщо особа звернулася до іншої зі своєю «законною» проблемою, а її просять надати неправомірну вигоду, це сприймається як прихована погроза: «не даси – не отримаєш те, що тобі потрібно», тобто як завуальоване вимагання (щоправда, довести це майже неможливо).

Назві «завуальовано» відповідає один із варіантів вимагання, визначення якого міститься у ч. 5 примітки ст. 354 КК України. Вимаганням визнається, зокрема, «умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів». Таке – словесно не виражене – вимагання і називають завуальованим. Уважне прочитання зазначеної примітки дає змогу перекоонатися, що у варі-

анті «прямого» вимагання про загрозу саме законним інтересам не йдеться. На це звертається увага, зокрема, у працях, призначених для практичних працівників [5, 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 368-3 (вона поширювалася і на ст. 368-4) вже була «деформована». Вказівка на «законні інтереси» стосовно відвертого вимагання швидше за все 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 узагальнюючу примітку ст. 354. КК України.

Хоч би як було, якщо підходити до цього питання формально, з огляду лише на «букву» закону, справді 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. Адже, якщо навіть прихований, завуальований варіант вимагання передбачає погрозу лише законним інтересам, то поза сумнівом за тим більших підстав саме таким є його відвертий, цинічний, зухвалий прояв. Як погрозу виключно законним інтересам тлумачить вимагання і Верховний Суд України, який підкреслює, що «законність прав та інтересів, які хабародавець захищає шляхом дачі хабара, є однією із основних і обов'язкових ознак вимагання» та що «вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у незаконній, неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон ... тощо» [6]. Показово, що, коли антикорупційний блок склав злочинів не містив ознаки «прохання», науковці називали звернення суб'єкта ст. 368 КК України до особи з пропозицією задовольнити її незаконні інтереси за «хабар» саме «проханням» [7, с. 470].

Отже, є підстави вважати, що розмежувальною ознакою між проханням та вимаган-

ням є відсутність загрози законним інтересам людини (висловленої прямо або завуальовано), все інше не має значення. Проханням, а не вимаганням є й така поведінка, яка нагадує погрозу: «Якщо не даси гроші – складу протокол про твоє правопорушення». Насправді це не погроза, а зворотний бік пропозиції надати гроші за «мовчання» про виявлені порушення, тобто, знову-таки, прохання неправомірної вигоди.

Якщо ж порушень насправді немає, а службова особа погрожує тим, що без винагороду вона, використовуючи свої можливості, у них особу обвинуватить – це підпадає під ознаки ч. 2 ст. 189 КК України, тобто вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища. Ця норма застосовується у випадку, коли людині спочаю нічого не потрібно від службової особи, в неї все гаразд – правопорушень немає. А службова особа своєю погрозою створює ситуацію, коли у потерпілого виникає «законний інтерес» не стати жертвою неправдивого обвинувачення та з'являється бажання «відкупитися» від службової особи. Такий погляд щодо розмежування вимагання хабара службовою особою (ч. 3 ст. 368) та вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189) вже аргументований автором цієї публікації та підтриманий іншими дослідниками [8; 9, с. 95]. Зустрічаються і вироки, в яких відповідні події кваліфіковані саме за ч. 2 ст. 189 КК України [10]

Стосовно інших судових рішень 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 справа не в упущенні законодавця з визначенням «прямого» вимагання. Якщо б цей «нюанс» був помічений суддями, вони посилалися б на ч. 5 примітки ст. 354 КК України як на доказ своєї правоти. Здається, це зовсім не продумана позиція осіб, що застосовують кримінальний закон, а звичайна їхня неухважність, неправильне розуміння самої суті вимагання.

Так, за ч. 3 ст. 368 КК України з кваліфікуючою ознакою «одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання» був засуджений головний державний інспектор податкової інспекції, який одержав неправомірну вигоду від директора приватного господарського підприємства [11]. Як йдеться у вироку, цю винагороду було надано службовій особі «з метою запобігання негативних наслідків...». Наслідки, а саме переведення підприємства з фіксованого режиму оподаткування на менш вигідний загальний, справді настали б, якщо інспектор відповідно до своїх обов'язків відреагував би на виявлені ним порушення податкового законодавства з боку агрофірми. Проте інспектор запропонував її представнику за гроші «вирішити це питання», на що директор і погодився (можливо, навіть із радістю). «Погроза» з боку службової особи по суті полягала в повідомленні про те, що у разі відмови надати хабар 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, отже, вимагання неправомірної вигоди в діях інспектора відсутнє.

Так само, як одержання неправомірної вигоди, поєднане з її вимаганням (ч. 4 ст. 368-3), кваліфіковані і дії судового експерта науково-дослідного інституту, який обґрунтовано визнаний особою, що «провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг» [12]. Громадянин звернувся до нього з 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 зовсім не погрожував заявнику, а навпаки – запропонував розв'язати 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. В будь-якому випадку частину статті, яка містить вказівку на вимагання, застосовувати не можна за його відсутності внаслідок відсутності погрози законним інтересам «хабародавця».

Попри те, як це кваліфікував суд [13], насправді не вимагав неправомірної вигоди і лікар, який лише повідомив хворому про ціну операції, не погрожуючи їй несприятливим результатом у разі відмови заплатити. Якщо пацієнт цього і побоювався, вважати на підставі лише суб'єктивних уявлень, що лікар завуальовано погрожував зашкодити його здоров'ю навряд чи було б процесуально бездоганним (особливо зважаючи на те, що за конституційним принципом усі сумнівні слід тлумачити на користь обвинуваченого).

З огляду на викладене доходимо таких висновків. Прохання неправомірної вигоди відрізняється від її вимагання лише відсутністю погрози законним інтересам особи. Прохання може виявлятися по-різному. Перший його варіант (мабуть суто гіпотетичний) – це «озвучення» суб'єктом свого бажання отримати неправомірну вигоду, коли жодні умови не висловлюються. Другий – пропозиція пришвидшити чи іншим чином поліпшити задоволення законного інтересу особи. Третій варіант прохання – це ситуація, коли суб'єкт пропонує особі віддячити його за те, що він не

відреагує на порушення з її боку. Якщо таке порушення справді є, жодним законним інтересам особи при цьому не загрожує небезпека. Саме тому це – прохання, а не вимагання. У разі відсутності порушення та погрози його «вигадати», якщо людина не заплатить, службова особа відповідає за ч. 2 ст. 189 «Вимагання» КК України.

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 нинішньою 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 законодавцю сформулювати відповідну кваліфікуючу ознаку так, щоб закінченим злочином вимагання неправомірної вигоди в складі корупційних злочинів можна було вважати навіть тоді, коли неправомірну вигоду суб'єкт не одержав з 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. – К.: Юрінком Інтер, 2016. – 1064 с.
2. *Овод К.К.* Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / К.К. Овод. – Х., 2017. – 18 с.
3. Вирок Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 5 травня 2015 року. Справа № 201/5153/15-к. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43979658>
4. *Савченко А.В.* Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. / А.В. Савченко. – К.: Центр учбової літератури, 2016. – 168 с.
5. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – К.: Дакор, 2016. – 496 с.
6. Постанова Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua>
7. Кримінальне право (Особлива частина): підруч. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – Т. 2. – 704 с.
8. *Ярмиш Н.М.* Подолання колізії між злочинами, передбаченими ч. 2 ст. 368 та ч. 2 ст. 189 КК України / Н.М. Ярмиш // 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 року / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – 456 с. – С. 321–324.

9. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України / О.О. Дудоров // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – № 1. – С. 80–97.

10. Вирок Обухівського районного суду Київської області від 18 червня 2014 року. Справа № 372/6288/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39448247>

11. Вирок Устинівського районного суду Кіровоградської області від 4 квітня 2016 року. Справа № 403/408/15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56921737>

12. Вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 27 січня 2015 року. Справа № 404/10847/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42468616>

13. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 23 вересня 2014 року. Справа № 607/12907/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

Наталія ЯРМИШ

ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ТА ПРОХАННЯ ЇЇ НАДАТИ: СКЛАДНОЩІ РОЗМЕЖУВАННЯ

Розглядаються 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.

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

Наталія ЯРМЫШ

ВИМОГАТЕЛЬНОСТЬ НЕПРАВОМЕРНОЙ ВЫГОДЫ И ПРОСЬБА ЕЕ ПРЕДОСТАВИТЬ: ТРУДНОСТИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ

Рассматриваются сходство и различие понятий «вымогательство» и «просьба» неправомерной выгоды, приводятся примеры неправильного применения судами соответствующих статей Уголовного кодекса Украины, анализируются причины ошибок, предлагаются пути их устранения.

Ключевые слова: коррупционное преступление; вымогательство неправомерной выгоды; просьба предоставить неправомерную выгоду; квалифицирующий признак; признак основного состава преступления; требование передачи чужого имущества должностным лицом с использованием своего положения.

Nataliia YARMYSH

DEMAND OF ILLEGAL BENEFITS AND REQUEST OF THEIR PROVISION: PROBLEM OF DIFFERENTIATION

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.

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

