

УДК: 343.13:323.285

Жовтан Петро Валерійович – суддя Комінтернівського районного суду Одеської області

Документування та доказування хабарництва

У статті досліджуються проблемні питання оперативно-розшукового документування та кримінально-процесуального доказування хабарництва.

Ключові слова: корупція, хабарництво, оперативно-розшукове документування, кримінально-процесуальне доказування.

Корупція в Україні – це явище, яке необхідно розглядати як системну масштабну загрозу демократії, реалізації принципу верховенства права, соціальному прогресу, державній, воєнній та економічній безпеці країни. За оцінками впливових міжнародних організацій, Україна опинилася серед найбільш корумпованих держав, де корупція має масштабний характер. Одним із найвагоміших факторів, що впливає на криміналізацію всіх сфер життєдіяльності суспільства, є хабарництво – один із найнебезпечніших злочинів, який завдає значної шкоди авторитету державної влади, державній службі. Хабарництво вчинюється, як правило, без свідків. Виявити та отримати при його здійсненні речові чи письмові докази надзвичайно важко. А тому кримінальна статистика відображає лише активність, результативність боротьби з хабарництвом, а не реальну його поширеність. Латентність цих злочинів надзвичайно велика. Зважаючи на небезпечність хабарництва, його поширеність у сучасному суспільстві й необхідність боротьби з ним, воно було предметом дослідження фахівців у галузі кримінального права, кримінології, кримінального процесу, криміналістики, оперативно-розшукової діяльності, зокрема, В. П. Бахіна, П. С. Берзіна, В. І. Василичука, О. Ф. Долженкова, Ф. В. Іщенко, Н. С. Карпова, Д. Й. Никифорука, М. І. Панова, М. А. Погорецького, М. Є. Шумила та ін.

Метою цієї статті є висвітлення окремих проблемних питань оперативно-розшукового документування хабарництва у світлі нових змін до Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та його доказування за новим КПК України.

Хабарництво – узагальнене поняття групи злочинів, включених в главу Кримінального кодексу України “Посадові злочини”. Суспільна

небезпека цієї групи злочинів полягає в тому, що вони спрямовані на завідомо незаконне збагачення посадових осіб, ведуть до підриву авторитету державного апарату, сприяють корупції, дискредитують і підривають без того недостатньо високий його авторитет в сучасному суспільстві.

Хабарництво складається зі злочинів (одержання хабара), що вчиняються тільки посадовими особами, і двома іншими злочинами (дача хабара і посередництво в цьому), які в прямому значенні не відносяться до посадових злочинів тому, що можуть вчинятися і не посадовими особами. Разом з одержанням, дача хабара і посередництво створюють необхідну співучасть. Ця група злочинів у сукупності формує злочинну діяльність, яка називається хабарництвом і є предметом документування.

Хабарництво – розповсюджений злочин, який вчиняється в усіх галузях службової діяльності, особливо пов'язаних з видачею різного роду дозволів, отримання пільг, прав на що-небудь, затвердженням, реєстрацією документів, їх оформленням, відпуском продукції, отримання як зовнішніх, так і внутрішніх інвестицій, проведенням оцінки державного майна, яке підлягає приватизації, використанням державних цінних паперів, які засвідчують право власника на певні пільги, тощо.

Важливого значення для розслідування, розкриття та прийняття судом рішення за цим злочином набуває правильне визначення як органами досудового розслідування, так і судом предмету доказування.

Предмет доказування у будь-якому злочині за КПК України 1960 р. був визначений у статтях 23 і 64. У новому КПК України предмет доказування зазнав певних змін, що має важливе значення як для теорії кримінального процесу, криміналістики, оперативно-розшукової діяльності, так і правозастосовної діяльності оперативно-розшукових підрозділів, органів досудового розслідування, прокурора, суду, захисника та ін.

У новому КПК України предмету доказування присвячено ст. 91, яка має назву “Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні”. Згідно з цією статтею, у кримінальному провадженні, у тому числі й у справах про хабарництво, підлягають доказуванню:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого,

обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

При встановленні елементів доказування, у тому числі й в ході ОРД та на досудовому слідстві при розслідуванні кримінальних справах про хабарництво, слід керуватися положеннями цієї статті, зважаючи на те, що у ст. 91 КПК України викладено перелік обставин, що відносяться до предмету доказування по кримінальному провадженню, як сукупності фактів і обставин об'єктивної дійсності, які мають матеріально-правове, цивільно-правове, кримінально-процесуальне значення і є необхідними й достатніми фактичними обставинами для вирішення кримінального провадження по суті. Дана норма відповідає на питання, встановлення яких фактів і обставин є метою доказування. Аналіз змісту коментованої статті вказує на те, що в ній йдеться про обставини, які вказують на наявність або відсутність у досліджуваному діянні складу злочину, що впливають на визначення міри покарання чи звільнення від кримінальної відповідальності або є підставами для закриття кримінального провадження. Відтак поняття складу злочину ширше від предмету доказування. Вони співвідносяться як частина і ціле.

Обставини, що викладені у ст. 91 КПК України, мають узагальнюючий орієнтуючий характер для всіх видів кримінального провадження, тому в теорії доказів отримали назву загального предмету доказування на всіх стадіях кримінального провадження. Водночас, індивідуалізація предмета доказування у кримінальних справах про хабарництво здійснюється з урахуванням вимог відповідно до диспозицій ст.ст. 368 (Одержання хабара), 369 (Давання хабара), 370 (Провокація хабара) Кримінального кодексу України, за якими кваліфікується діяння, що підлягає доказуванню [1].

Правильне визначення цих обставин, їх всебічне, повне та об'єктивне дослідження дозволяють значно підвищити ефективність доказування та є однією з передумов досягнення завдань кримінального судочинства при досудовому розслідуванні та судовому розгляді кримінальних справ про хабарництво.

Одним із найважливіших елементів, які підлягають документуванню та доказуванню у кримінальних справах про хабарництво, є подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення).

Подію цього злочину описано у диспозиції відповідно до кожної із статей про хабарництво: ст. ст. 368 (Одержання хабара), 369 (Давання хабара), 370 (Провокація хабара) КК України [1].

Так, у ст. 368 КК України зазначено (ч. 1): “одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища”; (ч. 2) – “одержання хабара у великому розмірі або службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням хабара; (ч. 3) – “одержання хабара в особливо великому розмірі або службовою особою, яка займає особливо важливе становище” [1].

При документуванні та доказуванні давання хабара слід звернути увагу на те, що хабаром у великому розмірі вважається такий, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, в особливо великому розмірі – такий, що у п’ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Службовими особами, які займають відповідальне становище, є особи, зазначені у пункті 1 примітки до ст. 364, посади яких згідно зі ст. 25 Закону України “Про державну службу” віднесені до третьої, четвертої, п’ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, зазначені в ч. 1 ст. 9 Закону України “Про державну службу”, та особи, посади яких згідно із ст. 25 цього Закону віднесені по першій та другій категорій [2].

Вимаганням хабара визнається вимога службовою особою хабара з погрозою вчинення або не вчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Подія злочину являє собою факт одержання службовою особою хабара, що здійснюється: а) шляхом прийняття предмета хабара в будь-якому вигляді б) за виконання чи невиконання будь-якої дії, що в) вчинюється в інтересах хабародавця або третьої особи г) з використанням наданої влади чи службового становища.

Вказівка Закону на одержання хабара в будь-якому вигляді припускає, що хоча сам хабар і є вигодою (незаконною винагородою) лише матеріального характеру, але:

а) сама ця вигода може мати будь-який вигляд (майно, право на майно, майнові послуги тощо);

б) одержання хабара може здійснюватися винним особисто або через посередників;

в) одержання хабара може вчинюватися у будь-який спосіб (незаконне отримання різних виплат, купівля майна по заниженій вартості, надання необґрунтованих пільг по кредитах, звільнення від сплати податків тощо);

г) хабар може бути одержаний службовою особою як для себе особисто, так і для інших осіб.

Хоча одержання-давання хабара може вчинятися різноманітними способами, проте всі вони можуть бути зведені до двох основних форм: а) проста (відкрита) та б) завуальована (прихована). Перша з них здійснюється без усякого прикриття і припускає безпосереднє вручення службовій особі предмета хабара, передача його через посередників чи прийняття хабара родичами та близькими винного. Хабар може бути спрямований на адресу службової особи й одержаний нею також шляхом використання для цього діяльності юридичних осіб (бандероль чи посылка поштою, переказ коштів через установи банку тощо) або через фізичних (третіх) осіб (родичів, знайомих, товаришів за службою), не обізнаних про те, що матеріальні цінності, які їм вручають і які вони передають, є предметом хабара. Сутність завуальованої форми одержання-давання хабара полягає у тому, що хабар маскується під зовні законну угоду і має вигляд цілком правомірної операції: різні виплати, премії, отримання зарплати, кредиту, погашення боргу, договір позики, купівлі-продажу, нееквівалентна оплата послуг, консультацій, експертиз тощо [2].

Для кваліфікації діяння за ст. 368 КК не має значення, як саме фактично було використано предмет хабара (майно продане, загублене, гроші розтрачені, путівка не використана тощо) [1]. Тому склад цього злочину наявний не лише тоді, коли службова особа одержала хабар для себе особисто, а й тоді, коли вона зробила це в інтересах близьких їй осіб, наприклад, родичів, знайомих тощо [2]. Якщо винний одержує хабар без попередньої домовленості з іншою службовою особою, а після цього передає їй цей хабар або його частину, то вчинене кваліфікується за сукупністю злочинів – як одержання й давання хабара.

Оскільки вчинення злочину, передбаченого ст. 368 КК, вичерпується самим фактом одержання хабара, дії службової особи, обумовлені хабаром, знаходяться поза межами об'єктивної сторони даного складу злочину й відповідальність за нього настає незалежно від того: чи був одержаний хабар до (хабар-підкуп) або після (хабар-винагорода) вчинення цих дій; чи було заздалегідь обумовлено одержання хабара; виконала чи не виконала службова особа дії, зумовлені хабаром; чи збиралася вона їх виконати або не мала такого наміру [1].

Для кваліфікації діяння за ст. 368 КК України не має також значення, одержала службова особа хабар за виконання (невиконання)

правомірних чи протиправних дій. Проте, якщо дії (бездіяльність), які службова особа виконала у зв'язку з одержанням хабара, містять ознаки складу іншого злочину (наприклад, службового зловживання, перевищення влади, службового підrobлення), вчинене належить кваліфікувати за сукупністю злочинів [1].

Дії, обумовлені хабаром, виконуються (не виконуються) службовою особою в інтересах хабародавця або третіх осіб, під якими розуміються будь-які інші (крім хабародавця) фізичні чи юридичні особи. Причому, злочин, передбачений ст. 368 КК, має місце й тоді, коли умови незаконного одержання матеріальних цінностей або послуг хоча спеціально й не обумовлювались, але службова особа усвідомлювала, що їй дають хабара з метою задоволення тих чи інших інтересів хабародавця або третіх осіб. Зокрема, одержання службовою особою незаконної винагороди від підлеглих чи підконтрольних осіб за протегування чи потурання, за вирішення на їх користь питань, що входять до компетенції службової особи, також слід кваліфікувати за ст. 368 КК [1].

Інтереси хабародавця або третіх осіб можуть бути різними і мати як матеріальний (одержання майна, пільг з оподаткування), так і нематеріальний характер (підвищення за службою, одержання квартири); можуть бути законними й протиправними. Тому, якщо службова особа за хабар сприяє хабародавцю у вчиненні будь-якого злочину, її дії слід кваліфікувати як одержання хабара та співучасть у відповідному злочині (наприклад, вухиленні від сплати податків, викраденні майна). Якщо дії службової особи, обумовлені хабаром, містять ознаки приховування тяжкого або особливо тяжкого злочину, їх слід кваліфікувати і за ст. 396 КК України [1].

Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, якщо службова особа одержала його за виконання (невиконання) будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Звідси випливає, що як дія, так і бездіяльність, які обумовлені хабаром, службова особа могла або повинна була вчинити з використанням покладених на неї владних, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків. Інакше кажучи, діяння, вчинене винним за хабар, повинно бути зумовлене його службовим становищем і пов'язане з його владними чи службовими повноваженнями. Судова практика відносить до таких дій не лише дії, які безпосередньо входять до кола службових повноважень службової особи, а й такі, які вона хоча й не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу [3] не входило до вирішення питання про надання пільг з оподаткування, проте підготовлені нею документи давали хабародав-

цю право отримати такі пільги при наданні цих документів до відповідних органів.

Суб'єктом одержання хабара може бути лише службова особа. Проте, співучасником цього злочину (організатором, підбурювачем, пособником) може бути й приватна особа. При цьому питання про кваліфікацію дій такої особи як співучасника чи в одержанні (ст. 368 КК), чи в даванні (ст. 369 КК) хабара, має вирішуватися з урахуванням спрямованості її умислу та виходячи з того, у чийх інтересах, на чьому боці та з чийої ініціативи – хабароодержувача або хабародавця – вона діяла [3].

Не є службовими особами і, отже, не можуть бути визнані суб'єктами службових злочинів, ті працівники підприємств, установ і організацій, які виконують суто професійні (адвокат, лікар, педагог тощо), виробничі (водій, провідник вагона тощо) або технічні (друкарка, вантажник, сторож тощо) функції. Але, як зазначено у Постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. “Про судову практику в справах про хабарництво”, якщо поряд з професійними (виробничими, технічними), працівник виконує й організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки і вчиняє злочин у зв'язку з їх здійсненням, то він може бути визнаний службовою особою і, відповідно, нести відповідальність за службовий злочин [3].

Визнання особи службовою не залежить від форми власності, на підставі якої створено і здійснює свою діяльність підприємство (установа, організація), в яких особа виконує функції, зазначені у п. 1 примітки до ст. 364 КК [1]. Тому важливе значення має питання про визнання суб'єктом службового злочину громадянина – суб'єкта підприємницької (господарської) діяльності. Вирішуючи це питання, слід виходити з такого. По-перше, сам по собі факт реєстрації особи як суб'єкта зазначеної діяльності або одержання дозволу (ліцензії) на право зайняття певними видами такої діяльності ще не перетворює громадянина у службову особу, бо лише свідчить про надбання такою особою права на зайняття відповідними видами діяльності. По-друге, службовою не може бути визнана й особа, яка керує виключно сама собою або управляє лише своїм власним майном. Тому службовою особою, яка виконує організаційно-розпорядчі обов'язки, підприємець може бути визнаний лише за умови, якщо він є керівником трудового колективу тих найманих робітників, які на умовах укладеного з ними трудового договору сприяють йому в здійсненні підприємницької діяльності. Що стосується адміністративно-господарських обов'язків, то підприємець може виконувати їх лише тоді, коли здійснює функції з управління чи розпорядження або тим майном, яке належить іншим фізичним чи юридичним особам, або тим, належним йому майном, що вноситься (пайовий внесок) у статутний фонд створюваного разом з іншими особами підприємства і тим самим

стає спільною власністю, управляти, розпоряджатися чи контролювати операції з якою особа має право вже лише за згодою з іншими особами, які спільно з нею здійснюють відповідну діяльність.

Слід зазначити, що з прийняттям нового КПК України та внесенням змін і доповнень до Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” [4], які наберуть чинності з 20 листопада цього року, суттєво розшириться арсенал оперативно-розшукового та кримінально-процесуального документування хабарництва та його доказування у кримінальному судочинстві. Водночас на практиці при реалізації багатьох нових норм виникає низка проблемних питань у цій сфері, які потребують дослідження та вирішення.

Слід зазначити, що нове законодавство суттєво змінило взаємозв'язок оперативно-розшукової діяльності та кримінального процесу, під яким у правовій науці розуміється відношення їхньої залежності один від одного, яка проявляється в об'єкті їх спрямування, в меті та завданнях, засобах здійснення, у взаємодії їхніх суб'єктів й отриманих результатів [5, С. 269].

Водночас на оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД) як систему гласних і негласних пошукових, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів, покладається важливе завдання у боротьбі з хабарництвом, а саме: пошук і фіксація фактичних даних про хабарництво окремих осіб й груп з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства (ст.ст. 1, 2 Закону України про ОРД) [4].

Для ефективного документування хабарництва оперативно-розшуковими заходами до відкриття провадження (внесення відповідних відомостей до Реєстру досудових розслідувань) оперативно-розшукові підрозділи уповноважені на застосування оперативно-розшукових засобів і заходів, визначених у ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” [4].

Водночас розширені й кримінально-процесуальні та криміналістичні засоби документування та доказування хабарництва. Так, у новому КПК України з'явився новий для вітчизняного кримінально-процесуального права інститут – інститут негласних слідчих дій (гл. 21) [6]. Проте, результати аналізу його норм дають підстави для висновку, що на практиці застосовувати у доказуванні цей інститут буде вкрай важко, оскільки у КПК України не чітко визначено процесуальну форму окремих негласних (розшукових) слідчих дій. У чинному КПК України відсутня також і процесуальна форма використання матеріалів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні, що також значно звужує можливості ОРД у доказуванні.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що для більш ефективного використання нових засобів оперативно-розшукового документування

кримінально-процесуального доказування хабарництва є необхідним розробка та удосконалення їхніх форм.

Список використаних джерел

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.
2. Про державну службу: Закон України від 16 груд. 1993 р. № 3723-XII (редакція станом на 13 черв. 2012 р.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 52. – Ст. 490.
3. Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова пленуму Верховного Суду України від 26 квіт. 2002 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02>.
4. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лют. 1992 р. 135-XII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>.
5. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : [монографія] / М. А. Погорецький. – Х. : Арсіс ЛТД, 2007. – 576 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.

В статье исследуются проблемные вопросы оперативно-розыскного документирования и уголовно-процессуального до-казывания взяточничества.

The article deals with the examination of the questions concerning the operative-investigative documenting and proof of criminal procedure of bribery.

Стаття надійшла до редакції журналу 17 вересня 2012 року.