

6. Case of Ukrainian Media Group v. Ukraine. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=23&portal=hbkm&action=html&highlight=UKRAINE&sessionid=4986431&skin=hudoc-en>.
7. Case of Janowski v. Poland. — <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=25716/94&sessionid=9750342&skin=hudoc-en>.

### Анотація

У роботі розглянуто, як і яким чином рішення Європейського суду з прав людини стосовно образи впливають на кваліфікацію злочинів за КК України. Зроблено висновок, що за певних умов ніщо не заважає вживати у кримінальному законі і розглядати як вид насильства образу, якщо вона стосується обставини вчинення злочину за ст. 116 КК України чи за ст. 123 КК України.

Ключові слова: образа, психічне насильство.

### Summary

The article stresses that offence usage under certain circumstances due to ECtHR decisions should be qualified under art.116 or art 123 of Criminal Code of Ukraine. That makes possible to criminalize such a behavior as a kind of psychological violence that was taken out of 2001 Ukrainian Criminal Code.

Keywords: offence, psychological violence.

УДК 343.352

*Д. Г. Михайленко*

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ХАБАРА

У боротьбі з хабарництвом — найбільш небезпечним корупційним правопорушенням важливе місце займають кримінально-правові засоби. Для правильного застосування Кримінального закону стосовно відповідальності за одержання та давання хабара необхідно розуміти правову природу цих діянь, механізм злочинного посягання при хабарництві, правильно оцінювати всі елементи складу даного злочину та тлумачити їх зміст. Наукові уявлення про кримінально значимі ознаки одержання-давання хабара, незважаючи на значну увагу, приділену їх дослідженню, все ж є досить суперечливими, що, зрозуміло, не сприяє правильності застосування норм про кримінальну відповідальність за хабарництво. Поняття хабара не є виключенням. У розуміння його змісту та значення науковці не досягли консенсусу. Більш того, поняття хабара, що застосовується в практиці правоохоронних органів, є вужче відносно його буквального вираження в КК. Все це зумовлює необхідність системно дослідити зміст поняття хабара та встановити, яке місце даний елемент займає в системі ознак складу його одержання-давання.

Виходячи з того, яку роль виконує хабар при вчиненні хабарництва, та аналізуючи диспозиції ст. ст. 368 та 369 КК, можна дати таке його визначення: хабар — це те, що особа дає (готується дати), а службова особа одержує (готується одержати) за визначену службову поведінку. Зрозуміло, що дана дефініція не вирішує проблему розуміння хабара, адже тепер необхідно визначити, які

предмети можуть бути хабаром. Для позначення цієї характеристики хабара в науковій літературі і в постанові Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі — Постанова) використовується термін «предмет хабара», який необхідно відрізнити від терміна «предмет хабарництва», що служить для позначення місця хабара в системі ознак складу хабарництва.

До Декрету РНК від 16 серпня 1921 року «Про боротьбу з хабарництвом» предмет хабара нормативно не визначався. У вказаному ж акті вперше з'явилася вказівка на одержання хабара «в будь-якому вигляді». Наведене уточнення було сприйняте всіма кримінальними кодексами УРСР і в такому ж вигляді закріпилося в ст. 368 КК України 2001 року. Тому, якщо буквально тлумачити диспозицію вказаної норми, то необхідно зробити висновок, що предметом хабара є все (будь-що), чим підкупується службова особа. Але, незважаючи на це, практика йде по шляху обмеження змісту предмета хабара. Так, в п. 4 Постанови вказано, що предмет хабара має виключно майновий характер. Такої ж позиції дотримується більшість (якщо не всі) науковців [1, 196–197; 2, 194–195; 3, 20–21]. Варто зазначити, що уявлення про хабар як про предмет виключно майнового характеру виникло і підтримується досить давно [4, 61; 5 47], тому дане положення можна віднести до традиційного в науці та практиці вітчизняного кримінального права.

Обмежувальне тлумачення кола предметів хабара заслуговує на увагу і, виходячи з природи хабарництва, повинно бути визнано вірним. Така позиція має вагомі аргументи. Так, одержання хабара є спеціальним корисливим видом зловживання службовим становищем [2, 220; 6, 415]. Якщо ж визнати дане діяння некорисливим, то при цьому, по-перше, фактична суспільна небезпека такого хабарництва не відповідатиме тим санкціям, які встановлені в ст. ст. 368 та 369 КК, по-друге, за таких умов набагато розмивалося б коло діянь, що підпадають під дію статей, що передбачають відповідальність за хабарництво, при цьому злочинними будуть визнаватися і діяння, які не є реальною суспільною небезпекою, і, по-третє, ускладниться процес доказування по справах про хабарництво, оскільки очевидно, що довести сам факт і визначити момент одержання службовою особою вигоди немайнового характеру є вкрай проблематичним. Крім того, одержання хабара є корисливим діянням, оскільки специфічна його суспільна небезпека полягає в тому, що передача хабара — майнової вигоди є найбільш дієвим, ефективним, безвідмовним шляхом до досягнення порушення службовою особою встановленого законом порядку здійснення її повноважень. Виходячи з того, що службова особа, яка приймає хабар, керується корисливим мотивом, необхідно констатувати, що саме хабар повинен задовольняти дані корисливі потреби, а це він може зробити, будучи вигодою лише майнового характеру. Але разом з тим варто погодитися з думкою авторів [7, 78], які зазначають, що вища судова інстанція України, підтримавши загалом вірне тлумачення змісту предмета хабара, вийшла за межі своєї компетенції, не дотримавшись букви закону.

Беручи до уваги те, що на сьогодні положення про майновий характер пред-

мета хабара як в теорії, так і в судовій практиці є безспірним, та враховуючи наведене вище, видається сумнівним підхід законодавця до окреслення обсягу предмета хабара виразом — «в будь-якому вигляді». Тому варто підтримати позицію більшості науковців [8, 11; 7, 80; 1, 241], які пропонували закріпити в КК України положення, згідно з яким хабаром визнавалися б виключно предмети майнового характеру. Варто звернути увагу на те, що російський законодавець ввів таке уточнення до КК РФ 1996 року, ст. 290 якого закріплює, що хабар може бути у вигляді грошей, цінних паперів, іншого майна чи вигод майнового характеру. Крім того, такий же підхід був підтриманий при складенні Модельного Кримінального кодексу для держав — учасниць СНД, ст. 301 якого відносить до предмету хабара майно, право на майно та інші майнові вигоди.

Таким чином, обсяг поняття хабара повинен обмежуватися лише предметами майнового характеру. На цьому єдність поглядів науковців закінчується, що пояснюється різним розумінням того, що ж є майновим характером предмета.

Так, деякі вчені, дотримуючись описаної позиції, допускають більш широке тлумачення предмета хабара, вказуючи, що важливо, щоб блага, які одержує винна особа, не втрачали майнового характеру в кінцевому підсумку [9, 127; 10, 6], тобто приносити майнову вигоду в подальшому. До таких благ відносять, зокрема, надання вигідної для службової особи роботи, видача як хабар фіктивних дипломів тощо. Дійсно, одержання такого роду предметів в остаточному підсумку переслідує корисливу ціль і може принести майнову вигоду. Але такий підхід розмиває обсяг предметів хабара і створює ситуацію, при якій практично кожна річ чи послуга може розцінюватися як хабар, оскільки здатна принести вигоду в майбутньому. Крім того, при цьому не враховується, що майнова вигода в таких випадках не є безумовною, адже службова особа може її і не отримати. Тому необхідно погодитися з авторами, які вважають, що хабарництво припускає безпосереднє одержання майнової вигоди хабароодержувачем саме від предмета хабара [11, 107–108]. Варто лише додати, що службова особа задовольняє свої корисливі потреби чи має можливість їх задовольнити саме з моменту одержання хабара, чого не відбувається у випадку отримання потенційно вигідних благ. Крім того видається, що одержання таких благ не може розцінюватися як закінчене одержання хабара, а їх передача відповідно як закінчене давання хабара, оскільки невідомо, набудуть вказані блага майнового характеру чи ні.

Інколи вказується, що не обов'язково, щоб річ, яка передається як хабар мала вартість, виражену в грошовому еквіваленті, чи її можна було реалізувати. Достатньо, щоб вона становила цінність для особи, яка її одержує. Об'єктивна оцінка такої речі не збігається з суб'єктивною її оцінкою особою, яка одержує її, у зв'язку з неліквідністю чи низькою ліквідністю речі, що передається. Видається, що в цьому випадку службова особа керується не корисливим мотивом, а переслідує інші особисті інтереси. Такі випадки при наявності достатніх підстав можна кваліфікувати як зловживання службовим становищем.

Складним є питання про те, чи може виступати як предмет хабара майно, передане не у власність службовій особі, а у тимчасове користування. Деякі науковці позитивно вирішують дане питання, не аргументуючи свою позицію [2, 195; 9, 127]. При розв'язанні даної проблеми потрібно виходити з того, чи може тимчасове перебування предмета у віданні службової особи принести їй майнову вигоду. Якщо це при бажанні службовця відбудеться в будь-якому випадку і він це усвідомлює, то предмет хабара в наявності, якщо ні, то разом з хабаром відсутній і склад хабарництва. Так, місцевим судом дії М., який отримав від Д. автомобіль по «генеральній» довіреності за надання останньому землі у користування, були невірні розцінені як зловживання владою, оскільки право власності на автомобіль не переходило до М. Судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України вірно скасувала таке судове рішення і направила справу на нове розслідування, мотивуючи це тим, що в діях М. містяться ознаки хабарництва, тому що по «генеральній» довіреності він мав право продавати автомобіль та отримувати за нього гроші [12, 116–117], якщо б повноважень по одержанню будь-якої майнової вигоди М. не мав би, то вироку місцевого суду необхідно було б залишити без змін.

Відповідно до п. 4 Постанови предметом хабара можуть бути майно (гроші, цінності та інші речі), право на нього (документи, які надають право отримати майно, користуватися ним (дана вказівка потребує уточнення з врахуванням вказаного вище) або вимагати виконання зобов'язань тощо), будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від прав на майно, безоплатне надання послуг, санаторних чи туристичних путівок, проведення будівельних або ремонтних робіт тощо). Зрозуміло, що Верховний Суд, розкриваючи кожну з категорій предметів хабара, дає приблизний перелік її форм. Тому суд у кожному конкретному випадку повинен оцінювати чи носить переданий службовій особі предмет майновий характер. У світлі викладеного, логічною є вказівка Пленуму Верховного Суду на те, що послуги, пільги, переваги, які не мають майнового характеру, не можуть визнаватися предметом хабара. Їх одержання може розцінюватися як інша (некорислива) зацікавленість при зловживанні службовим становищем і за наявності до того підстав кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 364 КК (п. 4 Постанови). Необхідно зазначити, що в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» № 12 від 7 жовтня 1994 року до послуг немайнового характеру був віднесений інтимний зв'язок, вступ в який однозначно не визнавався предметом хабара. Як видно, цього не простежується в чинній Постанові, яка, незважаючи на принциповість даного питання, взагалі обходить його стороною. В науковій літературі також відсутній єдиний підхід до вирішення вказаної проблеми. Ряд авторів висловлюється проти визнання сексуальної послуги предметом хабара [13, 65–66; 3, 25; 11, 26]. При цьому зазначається, що вступ у статевий зв'язок не носить майнового характеру, а притягнення жінки, що надала сексуальну послугу, до кримінальної відповідальності за давання хабара є абсурдним [14, 64]. Інша група авторів, беручи до уваги умови сучасності, вказує, що коли той, хто зацікавлений в здійсненні на свою

користь службових дій, сам надає сексуальні послуги службовцю, то підкуп відсутній. Якщо ж той, хто підкупує, оплачує послуги іншої особи, то підкуп має місце як і в будь-якому випадку, коли хабародавець витрачає кошти на задоволення інтересів хабароодержувача [15, 16]. З даною позицією цілком погоджується Б. В. Волженкин [2, 197]. Видається, що без уточнень такий підхід містить внутрішню суперечність, адже, як доцільно зазначають деякі з науковців, послуга — вступ у статевий зв'язок — або належить, або не належить до числа майнових незалежно від того, хто і з ким вступає в такий зв'язок, оскільки здійснення, наприклад, ремонтних робіт буде визнано вигодою майнового характеру як у випадку, коли їх проводить сам хабародавець (при цьому не має значення, чи займається він ремонтними роботами професійно, чи здійснює їх перший раз у житті), так і тоді, коли він наймає для цих цілей інших осіб [11, 109].

При вирішенні цього питання необхідно виходити з загального правила визнання послуги такою, що носить майновий характер, за яким послуга є майновою, якщо вона надається безоплатно чи по заниженій ціні, але підлягає оплаті. Такого роду послуги повинні звільняти хабароодержувача від розтрат у момент їх надання і цим приносити йому майнову вигоду. Виходячи з цього посилення, майновий характер носить надання сексуальних послуг службовій особі спеціально найнятою особою, оскільки її дії оплачуються і це усвідомлюється хабароодержувачем.

При визначенні чи є предметом хабара вступ у статевий зв'язок з службовцем самої особи, яка зацікавлена у відповідній його поведінці, потрібно мати на увазі таке. В нормальних людських стосунках вступ у статевий зв'язок не підлягає будь-якій оплаті, тобто відсутність його майнового характеру очевидна. Тому предметом хабара така «послуга» бути не може. В даному випадку можлива відповідальність службової особи по ст. 154 КК за примушування до вступу у статевий зв'язок особою, від якої потерпілий службово залежний. Але в сучасних умовах поряд з нормальними відносинами між людьми існує і таке явище, як проституція, яка надала сексуальним стосункам майнового характеру, оскільки вони в цьому випадку підлягають оплаті. З врахуванням наведеного видається вірним до предмета хабара відносити надання сексуальних послуг службовцю за визначену його поведінку особами, така діяльність яких зазвичай підлягає оплаті, про що знає споживач даної послуги. Посилання на те, що при такому підході практично важко буде виявити чи носить сексуальна послуга майновий характер, належить не до кримінально-правових проблем, а до проблем доказування. Сформульований вище підхід повинен поширюватися не тільки на сексуальні послуги, які в даному випадку наведені з-за дискусії, яка виникла в даному контексті навколо них, а й на інші схожі на них послуги, які зазвичай не підлягають оплаті, але при визначених обставинах оплачуються.

Предмети, що можуть визнаватися хабаром, окрім розподілу, застосованого в п. 4 Постанови, можна класифікувати по критерію обмеженості їх обігу на предмети, які знаходяться у вільному обігу, та предмети, обіг яких обмежений чи заборонений [16, 44]. Значення такого поділу предмета хабара проявляється

ся в тому, що давання і одержання деяких предметів, які не знаходяться у вільному обігу (збут і придбання яких є самостійним складом злочину — вогнепальна, холодна зброя, бойові припаси або вибухові речовини, предмети наркотизму тощо), утворює сукупність відповідних злочинів.

Незважаючи на відсутність наукової полеміки щодо місця хабара в системі ознак складу хабарництва, вважаємо дану проблему теоретично складною. Переважна більшість вчених прямо називають хабар предметом злочину (хабарництва) [17, 10; 3, 20; 18, 236–237; 19, 54]. При цьому не зазначається, на підставі чого робиться такий категоричний висновок. Проте аналіз поняття «предмет злочину» дозволяє назвати такий підхід щонайменше сумнівним. Так, під предметом злочину в науці кримінального права розуміють: будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину [20, 47]; конкретний матеріальний об'єкт, в якому проявляються певні сторони, властивості суспільних відносин (об'єкта злочину), чином фізичного чи психічного впливу на який заподіюється суспільно небезпечна шкода у сфері цих відносин [21, 173]; предмети, на які спрямований вплив суб'єкта злочину [22, 20], тощо. 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 [23, 8]. Дослідивши роль хабара в його даванні виявимо, що особа, даючи його, порушує об'єкт хабарництва не з приводу хабара та не впливаючи на нього, а, навпаки, використовує хабар для того, щоб досягнути порушення такого об'єкта. Крім того, серед ознак предмета злочину більшість авторів правильно виділяють, зокрема, нерозривний зв'язок предмета з об'єктом злочину [24, 96–97; 23, 9]. 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. В складі хабарництва речі, які передаються у вигляді хабара, стоять поза охоронюваним відношенням і належать до об'єктивної сторони злочину [25, 50–51]. З таким висновком необхідно погодитися, уточнивши, яке ж саме місце хабар займає в об'єктивній стороні його давання. Виходячи з визначення засобів вчинення злочину як предметів матеріального світу, які використовуються злочинцем у процесі вчинення злочину [22, 20], видається, що хабар є саме засобом, який застосовується хабародавцем для схилення службової особи до вчинення на його користь визначених дій, тобто хабар посилює, робить дієвим той вплив, що застосовує хабародавець. А в силу ефективності такого засобу впливу як хабар на службових осіб його використання окремо карається КК. З врахуванням наведеного не можна погодитися з авторами, які без будь-яких доводів категорично висловлюються проти визнання хабара засобом чи знаряддям вчинення злочину [26, 131].

Складніше визначити місце хабара в його одержанні. Необхідно визнати, що в цьому випадку він не може бути засобом вчинення злочину, оскільки службова особа ніяким чином не використовує його для посягання на об'єкт. Очевидно, що саме за хабар вона порушує чи готова порушити порядок здійснення своїх повноважень. Службовець ставиться до хабара як до цілі, досягнувши якої він задовольнить свої корисливі потреби, тому видається, що хабар — майнова вигода в описі ознак його одержання є індикатором, який показує, що зловмисник діє, керуючись саме корисливим мотивом. З врахуванням викладеного видається, що хабар, який службова особа одержує, становить собою продукт її злочинної діяльності, що є, за думкою окремих авторів [22, 22], приватним (особливим) випадком предмета злочину. Такий підхід підтримується верховними судами України та РФ. Так, в п. 24 Постанови закріплюється, що предмет хабара на підставі п. 4 ст. 81 КПК (даний пункт вказує на гроші, цінні папери і інші речі, нажиті злочинним шляхом, що є синонімічним виразу «продукт злочинної діяльності») має передаватися в дохід держави. Аналогічне положення діє в РФ.

У зв'язку з викладеним вважаємо, що дискусія, яка виникла навколо визначення ролі хабара в складах його одержання та давання, зумовлена тим, що науковці при розгляді даного питання підходять до його вирішення тільки з одного боку: або аналізуючи тільки положення ст. 368 КК України, або — тільки ст. 369 КК України. Насправді ж правове значення хабара в складах його одержання та давання неоднакове, про що свідчать викладені вище міркування.

Підсумовуючи наведене, можна зробити такі висновки: 1) хабар — це те, що особа незаконно дає, а службова особа незаконно одержує за визначену службову поведінку; 2) хабарництво — корисливий злочин, тому предмет хабара має виключно майновий характер; 3) будь-яка послуга (в т.ч. і сексуальна) є предметом хабара, якщо вона надається безоплатно чи по заниженій ціні, але підлягає оплаті; 4) хабар не є предметом хабарництва, оскільки при даванні хабара сам хабар виступає в ролі засобу вчинення злочину, а при його одержанні становить продукт злочинної діяльності службової особи.

Видається, що наведені доводи та зроблені з них висновки систематизують уявлення про хабарництво та знімають деякі існуючі суперечності в його розумінні.

### Література

1. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. — К. : Паук. думка, 1978.
2. Волженкин Б. В. Служебные преступления. — М. : Юристь, 2000.
3. Шимапський Ф. В. Хабарництво : кримінально-правовий апаліз одержання, давання і провокації хабара. — О. : Фешікс, 2004.
4. Естрип А. Должностные преступления. — М., 1928.
5. Трайнин А. Должностные и хозяйственные преступления. — М., 1938.
6. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть : учебник / под ред. Б. В. Здравомыслова. — Изд. 2-е. — М. : Юристь, 1999.
7. Мельник М. І. Хабарництво : загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удоскопалення законодавства. — К. : Парлам. вид-во, 2000.

8. Дудоров О. О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1994.
9. Здравомыслов Б. В. Должностные преступления : понятие и квалификация. — М. : Юрид. лит., 1975.
10. Комментарий к Уголовному кодексу РФ с постановками материалов и судебной практикой / под общ. ред. С. И. Пякулица. — М., 2000.
11. Лопашенко П. А. Взятничество : проблемы квалификации // Правоведение. — 2001. — № 6.
12. Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 22 серпня 2000 р. : (визит) // Рішення Верховного Суду України. — К., 2001.
13. Кучерявый П. П. Ответственность за взятничество. — М., 1957.
14. Кириченко В. Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. — М., 1959.
15. Горелик А. С. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп // Юридический мир. — 1999. — № 1–2.
16. Краснопосева Е. Предмет взятки и квалификация содеянного // Законность. — 2001. — № 8.
17. Папиашвили Ш. Г. Проблема должностных преступлений и борьбы с ними по советскому уголовному праву и судебной практике : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Тбилиси, 1983.
18. Харченко В. Б. Уголовное право Украины. Особенная часть : новое законодательство в вопросах и ответах : конспект лекций / В. Б. Харченко, Б. Ф. Перекрестов. — Х. : Скорпион, 2001.
19. Андрушко П. П. Загальна характеристика злочинів у сфері службової діяльності / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська // Законодавство України. — 2005. — № 9.
20. Тацкий В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. — Х. : Выща шк., 1988.
21. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна : курс лекцій / за ред. М. Й. Коржапського. — К. : Атика, 2001.
22. Петухов Б. В. Отличие предмета от орудий и средств совершения преступления // Уголовное право. — 2004. — № 4.
23. Лашук Є. В. Предмет злочину в кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2005.
24. Гуророва П. О. Кримінально-правова охоропа державних фінаंसів України : монографія. — Х. : Вид-во Пац. ун-ту внутр. справ, 2001.
25. Глистин В. К. Проблемы уголовно-правовой охраны общественных отношений. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1979.
26. Клименко В. Посередництво як форма співучасті у вчиненні злочину (питання криміналізації) // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 10.

#### Анотація

Стаття присвячена визначенню хабара як того, що особа незаконно дає, а службова особа незаконно одержує за визначену службову поведінку. Причому предмет хабара має виключно майновий характер, заважаючи на те, що будь-яка послуга (в т.ч. і сексуальна) є предметом хабара, якщо вона надається безоплатно чи по заниженій ціні, але підлягає оплаті.

Ключові слова: хабар, визначення, кримінальні послуги.

#### Summary

The article is devoted to define notion under Ukrainian criminal legal doctrine. It is stressed that define as means of crime is always has property characteristics that connected with means, goods and services that offered illegally to representatives of governing bodies or state powers.

Key words: bribe, notion, criminal services.