



*Дудоров О. О.,  
доктор юридичних наук, професор,  
Заслужений діяч науки і техніки України,  
професор кафедри кримінального права  
Луганського державного університету  
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*



*Ризак Я. В.,  
доцент кафедри кримінального права  
Національної академії прокуратури України*

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ПРИ ВЧИНЕННІ ПІДКУПУ СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

*В статті досліджуються проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права. На підставі аналізу наукової літератури досліджено підходи щодо поняття і значення вимагання неправомірної вигоди. Сформульовано ряд пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.*

**Ключові слова:** вимагання неправомірної вигоди; підкуп; службова особа; юридична особа.

*В статье исследуются проблемные вопросы вымогательство неправомерной выгоды при совершении подкупа должностного лица юридического лица частного права. На основании анализа научной литературы исследованы подходы относительно понятия и значение вымогательство неправомерной выгоды. Сформулировано ряд предложений, направленных на совершенствование уголовного законодательства и практики его применения.*

**Ключевые слова:** вымогательство неправомерной выгоды; подкуп; должностное лицо; юридическое лицо.

Сьогодні Україна перебуває на відповідальному етапі формування незалежної правової держави з високорозвиненою економікою, шляхи переходу до якої, як це не прикро констатувати, виявилися важкими. Поступовий перехід України до ринкових відносин породив нові види злочинності, однак однією з найгостріших проблем залишається традиційна корупція у різних своїх проявах і сферах. Корупція негативно впливає на реалізацію конституційних прав людини і громадянина, проведення соціальних перетворень та економічний розвиток, викликає недовіру до державних інститутів, створює негативний імідж України на міжнародній арені.

Прагнення нашої країни наблизитись до міжнародно-правових стандартів у боротьбі з корупцією призвело до того, що в Україні починаючи з 2009 р. започатковуються суттєво нові підходи у частині законодавчого забезпечення протидії кримінально караним проявам корупції та службовим правопорушенням. Мається на увазі заснована на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу) і досвіді країн із розвинутою ринковою економікою різниця у засадах, на яких ґрунтується кримінальна відповідальність за службові правопорушення, вчинювані у публічній і приватній сферах. Одним із проявів такої диференціації стала поява у чинному КК України ст. 368–3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Ця новела, вочевидь, наближає Україну до стандартів європейського законодавства, створює підґрунтя для нормального розвитку ринкових відносин. Разом з тим залишається відкритим питання, чи є оптимальним такий варіант удосконалення кримінального законодавства, покликаноного забезпечувати протидію корупції у приватній сфері.

Вагомий внесок у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за вчинення службових злочинів зробили

такі вітчизняні науковці, як П. П. Андрушко, Л. П. Брич, О. М. Грудзур, Ю. В. Гродецький, З. А. Загинеї, Г. М. Зеленов, О. О. Кваша, В. М. Киричко, В. П. Коваленко, О. В. Кришевич, Д. І. Крупко, Р. Л. Максимович, М. І. Мельник, А. С. Нерсесян, А. В. Савченко, О. Я. Светлов, Т. І. Слущка, Є. Л. Стрельцов, А. А. Стрижевська, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Н. М. Ярмиш та інші.

При цьому одним із дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики підкупу службової особи юридичної особи приватного права залишається розуміння вимагання неправомірної вигоди як однієї з кваліфікуючих ознак цього службового злочину (ч. 4 ст. 368–3 КК України) та як однієї зі складових підстави звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди (ч. 5 ст. 368–3 КК України).

Метою пропонованої статті є аналіз висловлених в юридичній літературі підходів щодо поняття і значення вимагання неправомірної вигоди і формулювання на цій підставі пропозицій, спрямованих на удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.

Своєчасність звернення до позначеної проблеми, крім усього іншого, зумовлена тим, що вітчизняне законодавство про відповідальність за службові злочини, включаючи його антикорупційну складову, постійно оновлюється, унаслідок чого воно значною мірою стає все більш заплутаним і складним для сприйняття навіть для «вузьких» фахівців. Чергова партія серйозних новел пов'язана з ухваленням Закону України від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (далі – Закон України від 13 травня 2014 р.). Не викликає сумнівів, що зміни до антикорупційного законодавства мають носити більш виважений та комплексний

характер і, по можливості, не бути дуже частими з тим, щоб наукова спільнота і практичні працівники встигали осмислювати законодавчі новели і розробляти виважені рекомендації щодо застосування удосконалених кримінально-правових заборон.

Переходячи до викладу основного матеріалу, передусім зазначимо, що законодавче визначення вимагання неправомірної вигоди міститься у п. 5 примітки до ст. 354 КК України, викладеної у редакції Закону України від 13 травня 2014 р. Згідно з цією нормою під вимаганням неправомірної вигоди (у т. ч. у ст. 368–3 КК України) слід розуміти вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням наданих повноважень стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Суттєвих змін визначення вимагання неправомірної вигоди порівняно з визначенням, викладеним у редакції Закону України від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» (далі – Закон України від 18 квітня 2013 р.), не зазнало. Тому допускає неточність Р. Л. Максимович, коли пише у результаті прийняття Закону України від 18 квітня 2013 р. констатацію наявності чи відсутності факту вимагання неправомірної вигоди законодавець відніс до угляду працівників правозастосовних органів [1, с. 497]. Відповідна легальна дефініція існувала і продовжує існувати, однак наскільки вона є вдалою? Спробуємо це з'ясувати.

Кримінальний закон, судячи з його тексту, передбачає дві форми вимагання – відкриту та завуальовану. При цьому останню форму вимагання неправомірної вигоди не слід називати пасивною,

оскільки вона може реалізовуватись шляхом як дій, так і бездіяльності. Так, службова особа – керівник юридичної особи приватного права може здійснювати вимагання неправомірної вигоди у своїх підлеглих шляхом створення для них важких, навіть нестерпних умов роботи, змушуючи звільнитись з роботи тих, хто не бажає надавати неправомірну вигоду. Або ж службова особа вимагає надати фактично непотрібні і численні документи, з чого громадянин робить висновок про те, без надання неправомірної вигоди його інтерес не буде задоволений. Тому ми не погоджуємося з висловленою у літературі думкою про те, що у цьому разі йдеться про форму пасивного очікування предмета підкупу [2, с. 130].

Проте не виключені ситуації, коли саме бездіяльність службової особи слугує спонукальним мотивом надання неправомірної вигоди. Не заявляючи відкрито жодних погроз, службова особа тривалий час не виконує ті чи інші дії, які вона реально може чи повинна здійснити по службі і в яких заінтересована особа – потенційний суб'єкт активного підкупу. Не виконуючи протягом тривалого часу певні дії, службова особа дає зрозуміти громадянину, що той може добитись реалізації своїх прав і законних інтересів лише шляхом надання неправомірної вигоди. Обов'язковою ознакою вимагання у завуальованій формі є його умисність, а тому для кваліфікації діянь за цією ознакою потрібно встановити, що службова особа юридичної особи приватного права усвідомлювала, що її поведінка ставить особу у відповідні умови, та бажала так вчиняти, маючи на увазі одержання неправомірної вигоди.

Так, вироком Нетішинського міського суду Хмельницької області від 23 квітня 2013 р. особу засуджено за ч. 4 ст. 368–3 КК України за вчинення злочину за наступних обставин. Засуджений, перебуваючи на посаді директора ПП «Енергія», отримав від підлеглого працівника заяву про звільнення з роботи за власним

бажанням, який повідомив, що підшукав для себе більш оплачувану роботу. Засуджений з метою отримання неправомірної вигоди від працівника у сумі 1300 грн. його заяву не розглянув та, погрожуючи звільненням з роботи за прогули і відмовою видачі трудової книжки, видав наказ про оголошення вказаному працівнику догани за порушення ним трудової дисципліни. Бажаючи вирішити питання щодо звільнення з роботи у позитивний для себе спосіб, працівник надав засудженому неправомірну вигоду у розмірі 1300 грн.; після цього службова особа анулювала наказ про оголошення догани та видала наказ про звільнення з роботи за власним бажанням. При цьому директор вимагав неправомірну вигоду за нібито понесені ним витрати на навчання працівника і витрати, які він понесе в майбутньому за навчання нового працівника, який прийде на місце звільненого.

Вважаємо, що у цьому випадку мала місце не відкрита, а завуальована форма вимагання неправомірної вигоди, адже директор ПП висував вимогу відшкодувати витрати, що були та ще будуть нібито ним понесені.

При імplementації у КК України положень міжнародних конвенцій наш законодавець, на думку М.І. Бакай, не врахував, зокрема, «необхідність криміналізації вимагання хабара та неправомірної вигоди як окремих («автономних») проявів корупційної поведінки (стосується положень, передбачених ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368–3, ч. 4 ст. 368–4 КК)...» [3, с. 13].

На наш погляд, вести мову у цьому разі саме про криміналізацію недоречно, адже вказана М.І. Бакай корупційна поведінка і на сьогодні вважається злочинною. Так, поведінка, яка розцінюється як вимагання неправомірної вигоди, поряд із власне одержанням такої вигоди за дії (бездіяльністю) з використанням службових повноважень, входить до об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину – одержання неправомір-

ної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, поєднаного з вимаганням. Відповідно, вимагання неправомірної вигоди, отримати яку службовій особі юридичної особи приватного права не вдалося з незалежних від її волі причин, має визнаватись замахом і кваліфікуватися за ч. 2 (ч. 3) ст. 15, ч. 4 ст. 368–3 КК України.

Варто звернути увагу на те, що у п. 2 примітки до ст. 368–3 КК України, викладеної у редакції Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», де наводилося визначення поняття «вимагання», йшлося про «особу, яка виконує управлінські функції в юридичній особі приватного права». З метою уніфікації термінології М.І. Хавронюк пропонував замінити ці слова іншими – «службова особа юридичної особи приватного права» [4, с. 318], з чим варто було погодитись.

Законодавець обрав інший варіант удосконалення КК: на підставі Закону України від 18 квітня 2013 р. примітку до ст. 368–3 із КК України було виключено, а загальне для складів корупційних злочинів поняття вимагання неправомірної вигоди сформульовано, як вже зазначалось, у примітці до ст. 354 КК України.

Традиційно вимагання хабара (наразі – неправомірної вигоди) не вбачалось у тих випадках, коли під загрозу ставились незаконні інтереси особи, в якій вимагали хабар (неправомірну вигоду) [5, с. 511–516]. На користь так званого вузького розуміння вимагання хабара наводились такі традиційні аргументи. По-перше, звичайною практикою захисту хабародавців є їх посилення на те, що вони були вимушені дати хабар під тиском з боку службової особи. І широке розуміння вимагання хабара буде певним чином стимулювати протиправну поведінку громадян, які шляхом давання хабарів намагатимуться реалізувати свої інтереси, що суперечать чинному законодавству. По-друге, посилення

караності одержання хабара, поєднаного з вимаганням, пояснюється не лише особливим характером взаємовідносин між хабародавцем і службовою особою як ініціатором таких взаємовідносин, а і тим, що зазначений злочин посягає на додатковий об'єкт – права і законні інтереси особи, для яких виникає загроза заподіяння їм шкоди. Підвищений ступінь суспільної небезпеки одержання хабара, супроводжуваного погрозою вчинення незаконного діяння по службі (порівняно із ситуацією, коли жодні інтереси хабародавця не можуть бути ущемлені), враховується при призначенні покарання у межах санкції ч. 1 ст. 368 КК. По-третє і, мабуть, найголовніше: сприйняття широкого розуміння вимагання хабара призвело б до зникнення у ньому основного компонента – вимушеності дій хабародавця. Якщо останній зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, намагається обійти закон, одержати незаконні пільги і переваги тощо, то, вважається, доречніше вести мову не про вимушеність, а про вигідність давання хабара.

При цьому у чинному законодавчому визначенні вимагання неправомірної вигоди (п. 5 примітки до ст. 354 КК України) вказівка на законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми вимагання і відсутня стосовно відкритої форми вимагання. Сказане наводить на думку про те, що це – прикра законодавча помилка, а не усвідомлене рішення українських парламентаріїв, які сприйняли позицію окремих дослідників (В. Ф. Кириченко, В. Д. Меньшагін, О. Я. Светлов, П. С. Яні та ін.), згідно з якою одержання хабара є настільки небезпечним злочином, що вимогу передати його під погрозою вчинення будь-яких службових діянь (як законних, так і незаконних) необхідно визнавати вимаганням хабара. За таких обставин п. 5 примітки до ст. 354 КК України варто уточнити, усунувши позначену непослідовність і чітко вказавши на те, що вимагання неправомірної вигоди має місце

лише у разі вимоги щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій (бездіяльності), якщо це ставить у небезпеку законні інтереси того, у кого вимагають неправомірну вигоду.

Із визначення поняття вимагання неправомірної вигоди, якщо тлумачити п. 5 примітки до ст. 354 КК України, буквально, випливає, що особа, яка під впливом вимагання лише запропонувала або пообіцяла неправомірну вигоду, але ще її не надала, не може вважатись такою, щодо якої було вчинене вимагання. Водночас у ч. 5 ст. 354, ч. 5 ст. 368–3, ч. 5 ст. 368–4 і ч. 6 ст. 369 КК говориться про звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка не лише надала неправомірну вигоду, а і пропонувала чи обіцяла її. Тому і в цій частині відповідна легальна дефініція потребує уточнення.

Досить складно встановити, законні чи незаконні інтереси намагається реалізувати той, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду, у ситуаціях, коли службова особа – одержувач неправомірної вигоди здійснює дискреційні повноваження. З цього приводу О. Я. Светлов писав, що іноді взагалі неможливо визначити, якими діями (законними чи незаконними) погрожує особа, яка вимагає хабар. Для ілюстрації цієї думки вчений наводив приклад із двома особами, які претендують на роботу в організації за наявності лише однієї вакансії. Вибрати з двох осіб кращого кандидата – право керівника, який може вимагати хабар з обох претендентів, розраховуючи прийняти на роботу того, хто дасть йому (пообіцяє) більшу суму [5, с. 218–219]. Справді, при вирішенні кадрових питань на підставі правових норм, якими б вичерпними вони не були, мають враховуватись і додаткові моменти, наприклад, особисті якості претендентів.

На нашу думку, інтерес того, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду у разі, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень службової особи юридичної особи приватного права, не суперє-

чить чинному законодавству, а тому має визнаватись законним. Інакше кажучи, під законними інтересами при вимаганні неправомірної вигоди варто розуміти у т.ч. інтереси, які не суперечать чинному законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням (залишається простір для індивідуального піднормативного регулювання у вигляді дій службової особи юридичної особи приватного права за власним розсудом).

Обґрунтованість наведеного підходу підтверджується Рішенням Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 ЦПК України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 [6]. У згаданому Рішенні поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається у законах України і може вважатись тотожним поняттю «законний інтерес», характеризується як правовий феномен, який: 1) виходить за межі суб'єктивного права; 2) є самостійним об'єктом засобів правової охорони; 3) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; 4) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальноновизнаним принципам права; 5) означає прагнення до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним або нематеріальним благом; 6) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом.

Вирішуючи питання про наявність або відсутність вимагання неправомірної вигоди у ситуації із дискреційними повноваженнями службової особи – одержувача цієї вимоги, слід врахувати і те, що діяння, вчиненням яких погрожує у цьому разі службова особа юридичної особи приватного права, навіряд чи можуть визнаватись законними при тому, що у разі їх здійснення службова особа формально не порушує конкретну правову норму. Як писав свого

часу В. В. Степанов, дії по службі, якими хабароодержувач погрожує хабародавцю при вимаганні хабара, поділяються на такі, які, по-перше, не викликаються службовою необхідністю і, по-друге, не входять у компетенцію службової особи. Науковець слушно зазначав, що дії службової особи навіть у межах своєї компетенції, але які не засновані на службовій необхідності, а здійснюються з корисливих чи інших інтересів, не можуть бути визнані законними [7, с. 231]. Схожу позицію займав В. М. Ширяєв, який вважав, що дія службової особи є правомірною, якщо вона формально і матеріально відповідає вимогам закону. Дія по службі, яка задовольняє всі вимоги форми, може бути неправильною по суті, тобто суперечити тим цілям і завданням управління, заради яких вона здійснюється [8, с. 525–526].

Як повідомляє Д. І. Крупко, у кримінальному праві Швейцарії дискреційне діяння у контексті складів хабарництва прирівнюється до неправомірного службового діяння і є обтяжуючою ознакою давання та одержання хабара [9, с. 75–85, 162–185]. Вельми конструктивно видається пропозиція цього дослідника запровадити у вітчизняну правозастосовну практику принципи застосування дискреційних повноважень, вироблені наукою і судовою практикою ФРН і Швейцарії, з урахуванням того, що діяння особи по службі має визнаватись неправомірним і в тому разі, коли воно порушує один із зазначених принципів.

Таким чином, вимога службовою особою юридичної особи приватного права з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи у небезпеку законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання неправомірної вигоди.

Питання про співвідношення одержання неправомірної вигоди, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права шляхом вимагання (ч. 4 ст. 368–3 КК України), з одного боку,

і злочину проти власності – вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК України), з іншого, докладно висвітлюється В. М. Киричком [10, с. 162–164]. Науковець при здійсненні вказаного відмежування пропонує робити наголос на з'ясуванні тих відносин, яким головним чином завдається шкода злочинною поведінкою службової особи.

Загалом погоджуючись з таким підходом та кримінально-правовою оцінкою конкретних ситуацій, запропонованих дослідником, водночас зауважимо, що нам імпонує точка зору Л. П. Брич, яка вельми скептично налаштована щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину: «...на теоретичному рівні можна говорити про розмежування складів злочинів за родовим чи безпосереднім об'єктом, але коли потрібно на практиці розмежувати злочини, то роздуми про розмежувальні властивості цих видів об'єкта для практики нічого не дають. Родовий та безпосередній об'єкти, безсумнівно відрізняючись у різних складах злочинів, через свою неочевидність, прихованість не можуть слугувати маркером, показником, за яким можна відрізнити один склад від іншого» [11, с. 234].

Варто до міркувань В. М. Киричка додати, що вимагання як кваліфікуюча ознака одержання неправомірної вигоди, вчиненого службовою особою юридичної особи приватного права, може набувати завуальованого вигляду тоді, як каране за ст. 189 КК вимагання, у т. ч. вчинюване службовою особою з використанням свого службового становища, завжди передбачає відкрите пред'явлення певної майнової вигоди. Також порівнювані діяння відрізняються за предметом, адже неправомірна вигода, на нашу думку, може носити і немайновий характер (зрозуміло, що це тема окремої розмови).

У літературі при з'ясуванні співвідношення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК України, говорить про конкуренцію кримінально-правових норм [12, с. 28]. Видається,

однак, у цьому випадку доречніше вести мову про колізію кримінально-правових норм, як це і робить Н. М. Ярмиш [13, с. 312–323]. Норми про одержання неправомірної вигоди, вчинене службовою особою юридичної особи приватного права шляхом вимагання (ч. 4 ст. 368–3 КК України), і вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК України), перебувають у колізії, оскільки, хоч спрямовані на врегулювання одних і саме відносин, змістовно відрізняються між собою і суперечать одна одній.

У практичному сенсі заслуговує на підтримку підхід Н. М. Ярмиш, відповідно до якого якщо законний інтерес людини, що ставиться під загрозу службовою особою, «створюється» нею ж, вимога передачі майнової винагороди повинна кваліфікуватись не як службовий злочин, а за ч. 2 ст. 189 КК України як вимагання, вчинене службовою особою з використанням службового становища [13, с. 321–323]. Раніше подібним чином пропонував розв'язувати проблему відмежування відповідних складів злочинів С. В. Дьоменко, який писав, що для вимагання як злочину проти власності (на відміну від вимагання хабара) характерним є те, що службова особа погрожує позбавити потерпілого тих прав, які в нього є або які він має одержати незалежно від службової особи [14, с. 99, 190].

У контексті нашого дослідження розглянемо також спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності, передбачений ч. 5 ст. 368–3 КК України. Згідно з цією нормою особа, яка пропонує, обіцяла або надала неправомірну вигоду, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо стосовно неї були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди і після пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні злочину добровільно заявила про те, що сталося органу, службова особа якого згідно із законом має право повідомляти про підозру.

Перш за все, варто вказати, що ч. 5 ст. 368–3 КК України зазнала серйозних змін внаслідок прийняття Закону України від 18 квітня 2013 р. На підставі Закону України від 13 травня 2014 р. розглядувана заохочувальна норма була лише доповнена вказівкою на обіцянку неправомірної вигоди.

Вважається, що зміни від 18 квітня 2013 р., внесені до ст. 368–3 КК України, були спрямовані на виконання однієї з рекомендацій GRECO щодо відповідності законодавства України вимогам міжнародно-правових актів. Не можна, однак, не відмітити, що Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією з цього приводу не містить жодних вказівок. Отже, GRECO рекомендувала проаналізувати та, відповідно, переглянути автоматичне й обов'язкове звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили активне хабарництво і заявили про це до правоохоронних органів.

Тому, на відміну від попередніх редакцій відповідних норм, ч. 5 ст. 368–3, ч. 5 ст. 368–4, ч. 6 ст. 369, а також ч. 5 ст. 354 КК передбачають не дві, а одну підставу звільнення від кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Ця підстава поєднує в собі дві згадані обов'язкові умови: 1) якщо стосовно особи були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди; 2) якщо після пропонування, обіцянки чи надання неправомірної вигоди особа до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, відповідному органу.

Отже, першою обов'язковою умовою звільнення особи, що пропонувала, обіцяла чи надала неправомірну вигоду, є вимагання службовою особою юридичної особи приватного права такої вигоди. Передусім звернемо увагу на недоречність вживання у ч. 5 ст. 368–3 КК України словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди», оскільки так звана завуальована форма вимагання (умисне створення відповідним

суб'єктом умов, за яких особа вимушена дати йому неправомірну вигоду), як про це йшлося вище, може реалізовуватись і шляхом бездіяльності. Сказане дозволяє висунути пропозицію про заміну у ч. 5 ст. 368–3 КК України звороту «були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди» словосполученням «було вчинено вимагання неправомірної вигоди».

До набрання чинності Законом України від 18 квітня 2013 р. вимагання неправомірної вигоди визнавалось однією із самостійних підстав обов'язкового звільнення від кримінальної відповідальності. Ця заохочувальна норма, враховуючи вимушеність поведінки особи, яка надала неправомірну вигоду, сприяла викриттю злісних злочинців – осіб, котрі одержали таку вигоду, застосовуючи психологічний тиск. Також вважалось, що мотиви, які спонукали особу добровільно заявити про пропозицію або надання нею неправомірної вигоди, могли бути різними (страх перед покаранням, помста, заздрість, незадоволення тим, що службова особа не виконала обіцяне, бажання викрити хабарника тощо). Однак із внесенням розглядуваних законодавчих змін ситуація змінилась, і оцінити це однозначно непросто.

З одного боку, законодавча новела у вигляді трансформації двох підстав звільнення від кримінальної відповідальності в одну таку підставу сприятиме зменшенню кількості зловживань заохочувальними кримінально-правовими приписами. З іншого, підстава звільнення особи, яка надала неправомірну вигоду, від кримінальної відповідальності, передбачена ст. 368–3 КК України до набрання чинності Законом України від 18 квітня 2013 р., була покликана стимулювати суспільно корисну поведінку осіб, які порушили кримінальний закон, і спрямовувалась на те, щоб розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників корупційних злочинів.

Позитивний посткримінальний вчинок, передбачений цими нормами, враховував прихований та узгоджувальний



характер правопорушень, що охоплюються поняттям корупції. Надання та одержання неправомірної вигоди зазвичай не тягне за собою скарг, оскільки обидві винні сторони зацікавлені в такій незаконній угоді. І лише у випадку вимагання такої вигоди можна було розраховувати на ініціативу в боротьбі з корупцією саме з боку особи, яка надала неправомірну вигоду. В інших випадках, щоб змусити таку особу співпрацювати, необхідно було надати їй певні юридичні гарантії, адже, як відомо, розкриття фактів кримінально карані корупції у більшості випадків можливе лише за умови співпраці з правоохоронними органами однієї зі сторін злочинної угоди.

Чинна редакція розглядуваної заохочувальної норми призведе до того, що розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників корупційних злочинів, буде складніше. Навіть у випадку вимагання неправомірної вигоди особа, яка її надала, трічі подумас, чи заявляти про це в правоохоронні органи, оскільки якщо факт вимагання не буде доведено в процесі розслідування, її, крім того, хто вимагав неправомірну вигоду, також буде притягнуто до кримінальної відповідальності.

У цьому сенсі більш виваженою виглядає позиція О. О. Кваші, яка ч. 5 ст. 369 КК України вважає за доцільне викласти у такій редакції: «Звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила злочин, передбачений частиною першою даної статті, якщо стосовно неї були вчинені дії щодо вимагання неправомірної вигоди або після надання неправомірної вигоди вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, органу, службова особа якого згідно із законом має право повідомляти про підозру» [15, с. 380].

Фактично йдеться про повернення до підходу, закріпленого у КК України до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. Як слушно зазначається у літературі, якщо особа вирішила заявити

про вчинений нею підкуп, вона тим самим спокутує свою провину [16, с. 624]. Разом з тим звернемо увагу на недоречність вживання у заохочувальній нормі словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди», про що говорилося вище. Ми так розуміємо, що О. О. Кваша у своїй авторській редакції ч. 5 ст. 369 КК України не критично відтворила вказане невдале словосполучення, запроваджене в обіг на підставі Закону України від 18 квітня 2013 р.

Не помічає позначеної вище проблеми І. Леоненко, який у пропонованих авторських редакціях заохочувальних норм (включаючи ч. 5 ст. 368–3 КК України) продовжує вказувати на поєднання дій щодо вимагання неправомірної вигоди і добровільної заяви про те, що сталося, уповноваженому органу [17].

Виходячи з того, що притаманна вимаганню неправомірної вигоди погроза заподіяти шкоду правам чи законним інтересам іншої особи призводить до відсутності суспільної небезпеки і загалом правомірності дій того, хто пропонує або передає неправомірну вигоду, В. М. Киричко пропонує у вдосконаленій ст. 368–3 КК України вказати на те, що особа, яка пропонувала чи надала неправомірну вигоду (таку особу дослідник називає потерпілою), не підлягає кримінальній відповідальності, якщо стосовно неї мало місце вимагання неправомірної вигоди [18, с. 171–175; 19, с. 515–518].

На наш погляд, погодитись із викладеною пропозицією важко, не дивлячись на те, що ми поділяємо думку В. М. Киричка про необхідність чіткого відмежування звільнення від кримінальної відповідальності від тих випадків, коли склад злочину як одна з правових підстав кримінальної відповідальності відсутній. Справді, римські юристи стверджували: *eius nulla culpa est qui parere necesse sit* (немає вини на тому, хто вимушений підкорятися). Однак у сучасній кримінально-правовій доктрині загальноновизнаним є інший підхід. Згідно з ч. 2 ст. 40 КК України психічний примус, тобто вплив

на свідомість людини з метою змусити її вчинити злочин (у нашому випадку – запропонувати, пообіцяти або надати неправомірну вигоду) за допомогою погрози, виключає кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди правоохоронним інтересам, лише якщо особа, яка зазнала такого впливу, перебувала у стані крайньої необхідності. У ситуаціях, що не охоплюються поняттям крайньої необхідності, психічний примус як чинник, що повністю волю людини не паралізує і лише ускладнює вибір того чи іншого варіанту поведінки, враховується як обставина, що пом'якшує покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК України).

Саме така ситуація, на наше переконання, має місце у випадку вимагання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи приватного права, а тому визнавати особу, якій адресоване вимагання, потерпілим у кримінально-правовому розумінні цього поняття достатніх підстав немає. Показово у зв'язку з цим те, що в юридичній літературі хабародавця, якого звільняють від кримінальної відповідальності за ст. 369 КК України (термінологія до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р.) і в поведінці якого вбачаються ознаки складу злочину, інколи називають псевдопотерпілим [20, с. 74–75].

Психічний примус у вигляді вимагання неправомірної вигоди не позбавляє особу можливості керувати своїми діями і не створює для неї стан крайньої необхідності, адже в особи зберігаються інші, не пов'язані з вчиненням злочину (пропозицією або наданням неправомірної вигоди), варіанти поведінки, включаючи звернення до правоохоронних органів, для відвернення заподіяння шкоди правам і законним інтересам. Про те, що у випадку вимагання як кваліфікуючої ознаки комерційного підкупу стан крайньої необхідності, за загальним правилом, відсутній, пишуть й інші дослідники [21, с. 37–38].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, необхідності криміналізації вимагання неправомірної вигоди як окремого прояву корупційної поведінки немає, оскільки таке діяння вже визнається злочинним. Так, вимагання неправомірної вигоди, отримати яку службовій особі юридичної особи приватного права не вдалося з незалежних від її волі причин, має визнаватись замахом і кваліфікуватися за ч. 2 (ч. 3) ст. 15, ч. 4 ст. 368–3 КК України. Не виключається кримінально-правова оцінка зазначеної поведінки і за ч. 2 ст. 189 КК України.

По-друге, вимога службовою особою юридичної особи приватного права з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи у небезпеку законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання неправомірної вигоди. Під законними інтересами при вимаганні неправомірної вигоди варто розуміти, зокрема, інтереси, які не суперечать чинному законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням.

По-третє, вжите у ч. 5 ст. 368–3 КК України словосполучення «дії щодо вимагання неправомірної вигоди» є некоректним, оскільки не враховує можливість завуальованого вимагання (тобто умисного створення відповідним суб'єктом умов, за яких особа вимушена дати або запропонувати йому неправомірну вигоду). Тому вказане словосполучення пропонуємо замінити зворотом «було вчинено вимагання неправомірної вигоди».

По-четверте, законодавче визначення поняття вимагання неправомірної вигоди потребує уточнення з метою усунення: 1) притаманної йому на сьогодні непослідовності з питання про характер інтересів особи, котра вимушена дати неправомірну вигоду під тиском вимагача; 2) неузгодженості між п. 5 примітки до ст. 354 і заохочувальними нормами – ч. 5 ст. 354, ч. 5 ст. 368–3, ч. 5 ст. 368–4 і ч. 6 ст. 369 КК України, в яких йдеться про звільнення (за певних умов) від кримінальної відповідальності того, хто

пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду. Тому пропонуємо у п. 5 примітки до ст. 354 КК України після слів «...з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду» включити такі слова «або пропонує чи обіцяє її, якщо це ставить у небезпеку законні інтереси того, у кого вимагають неправомірну вигоду...» (далі – за текстом).

По-п'яте, з питання про підставу звільнення від кримінальної відповідальності, передбачену ч. 5 ст. 368–3 КК України, вважаємо за доцільне поверну-

тись до підходу, який був відображений у цій компромісній нормі до ухвалення Закону України від 18 квітня 2013 р. Йдеться про те, щоб звільняти від кримінальної відповідальності особу, котра запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, або якщо стосовно такої особи було вчинено вимагання неправомірної вигоди, або якщо вона своєчасно і добровільно заявила про те, що сталося, уповноваженому органу. Це створить передумови для того, щоб розірвати кругову поруку, яка об'єднує учасників кримінально караного корупції.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Максимович Р. Л. Про деякі антикорупційні зміни в Кримінальному кодексі України / Р. Л. Максимович // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук. – практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 496–498.
2. Макаров С. Д. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп. Дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / С. Д. Макаров. – Иркутск, 1999. – 204 с.
3. Бакай М. І. Імплементация положений «антикоррупционных» конвенций у вітчизняне кримінальне законодавство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / М. І. Бакай. – К., 2013. – 19 с.
4. Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М. І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2011. – 424 с.
5. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / А. Я. Светлов. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.
6. Офіційний вісник України. – 2004. – № 50. – Ст. 3288.
7. Степанов В. В. Квалифицирующие обстоятельства взяточничества / В. В. Степанов // Ученые записки Саратовского юридического института. Вып. 15. – Саратов, 1967. – С. 220–235.
8. Ширяев В. Н. Взятничество и лиходейство в связи с общим учением о должностных преступлениях (уголовно-юридическое исследование) / В. Н. Ширяев. – Ярославль, 1916. – 573 с.
9. Крупко Д. І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Д. І. Крупко; Одеський національний ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса, 2005. – 271 с.
10. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х.: Право, 2013. – 424 с.
11. Брич Л. Значення видів об'єкта й таких ознак, як предмет і потерпілий у розмежуванні суміжних складів злочинів між собою і для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими злочинами / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 226–243.
12. Андрушко П. П. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України) / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська // Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 7. – С. 22–28.
13. Ярмиш Н. М. Подолання колізії між злочинами, передбаченими ч. 2 ст. 368 та ч. 2 ст. 189 КК України // 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 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2011. – С. 321–323.
14. Дьоменко С. В. Вимагання: кримінально-правовий і кримінологічний аналіз: Дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / С. В. Дьоменко. – Запоріжжя, 2005. – 237 с.
15. Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: Дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.08 / О. О. Кваша. – К., 2013. – 467 с.

16. Энциклопедия уголовного права. Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях. – Издание профессора Малинина. – СПб., 2012. – Т. 20. – 666 с.

17. Леоненко І. Проблематика звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини / І. Леоненко // Віче. – 2013. – № 14: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/3766/>

18. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В. М. Киричко. – Х.: Право, 2013. – 424 с.

19. Киричко В. М. Вимагання неправомірної вигоди як обставина, що виключає кримінальну відповідальність особи, яка пропонувала, обіцяла чи надала неправомірну вигоду / В. М. Киричко // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжнар. наук. – практ. конф., 10–11 жовтня 2013 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х.: Право, 2013. – С. 515–518.

20. Музыка А. А. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія / А. А. Музыка, Є. В. Лашук. – К.: ПАЛІВОДА А. В., 2011. – 192 с.

21. Яни П. Вред как элемент коммерческого подкупа / П. Яни // Российская юстиция. – 2001. – № 4. – С. 37–38.

**Dudorov O., Ryzak Y. Problematic issues demanding undue advantage in the commission of bribery of an official legal entity of private law.**

*The paper investigates the problem areas demanding undue advantage in the commission of bribery of an official legal entity of private law. Based on the analysis of scientific literature studied approaches to the concept and importance of soliciting undue advantage. It is reported that before the enactment of the Law of Ukraine on april 18, 2013 soliciting undue advantage recognized by one of the independent grounds mandatory exemption from criminal liability. This incentive rate given vumshenist behavior of the person who gave undue advantage, contributed to exposing the worst offenders – persons who received such benefits, applying psychological pressure. Also, it was believed that the motives that prompted the person to voluntarily declare the offering or giving it undue advantage could be different (fear of punishment, revenge, jealousy, dissatisfaction with the fact that the officer did not fulfill the promise, the desire to expose bribery, etc.). However, with the introduction of legislative changes under consideration the situation has changed, and it's definitely not easy to assess. When deciding on the presence or absence of soliciting undue advantage of the situation with discretion official – the recipient of this requirement, the authors should be based on the fact that an act which threatens the commission in this case the officer of the legal entity of private law, can hardly be recognized in legal so that in the event of their officer formally gives specific legal rule. A number of proposals aimed at improving the criminal law and practice.*

**Keywords:** extortion undue advantage; bribery; officer; entity.

*Стаття надійшла до редакції журналу 18.10.2014 р.*