

17. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо порядку та умов відбування покарання: Закон України від 05.09.2013 № 435-VII. Відомості Верховної Рад України. 2014. № 20–21. Ст. 724.

18. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів: Закон України від 08.04.2014 № 1186-VII. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 23. Ст. 869.

19. Європейські пенітенціарні (в'язничні) правила: Рекомендації Ради Європи від 12.02.1987. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_032/ed19870212](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_032/ed19870212).

20. Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон України від 11.07.2003 № 1129-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 3–4. Ст. 21.

21. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених: Закон України від 07.09.2016 № 1492-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 43. Ст. 736.

УДК 343.4/343.3/7

ХМИЗ М.В.

### ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ З ВИКОРИСТАННЯМ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Стаття присвячена вирішенню проблем кримінально-правової оцінки вимагання неправомірної вигоди з використанням дискреційних повноважень суб'єкта «пасивного підкупу». Зроблено висновок про необхідність у такому оцінюванні акцентувати увагу не на законності поведінки спеціального суб'єкта вимагання, а на її правомірності та законності прав та інтересів особи, яка вимушена пообіцяти, запропонувати або надати неправомірну вигоду, які ставляться під загрозу порушення в разі використання спеціальним суб'єктом своїх дискреційних повноважень.

**Ключові слова:** *неправомірна вигода, вимагання, спеціальний суб'єкт, дискреційні повноваження.*

Статья посвящена решению проблем уголовно-правовой оценки вымогательства неправомерной выгоды с использованием дискреционных полномочий субъекта «пассивного подкупа». Сделан вывод о необходимости в такой оценке акцентировать внимание не на законности поведения специального субъекта вымогательства, а на ее правомерности и законности прав и интересов лица, вынужденного пообещать, предложить или предоставить неправомерную выгоду, которые ставятся под угрозу нарушения при использовании специальным субъектом своих дискреционных полномочий.

**Ключевые слова:** *неправомерная выгода, вымогательство, специальный субъект, дискреционные полномочия.*

The article is devoted to solving the problems of criminal-law assessment of the extortion of full benefits with the use of discretionary powers of the subject of "passive bribery". It was concluded that such an assessment of the focus of accent is not on the legality of the behavior of the special subject of extortion, but on its legitimacy and legality of the rights and interests of the person who is forced to promise, offer or give unlawful benefit and endanger the violation in the event of the use of a special subject of their discretionary powers.

**Key words:** *illegal profit, extortion, special subject, discretionary powers.*

**Вступ.** Примітка до ст. 354 Кримінального кодексу (далі – КК) України визначає поняття «вимагання неправомірної вигоди», яке законодавець використовує на позначення відповідного кваліфікованого складу злочину щодо посягань, передбачених ст. ст. 354, 368, 368–3 та 368–4 КК України. Вимаганням неправомірної вигоди, як зазначено в КК, треба розуміти як вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища 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 та законних інтересів.

Наявність у змісті КК України нормативно закріпленого визначення окремого кримінально-правового поняття, очевидно, загалом полегшує його застосування на практиці та тлумачення в теорії кримінального права, однак не вирішує всіх можливих проблем у застосуванні відповідних кримінально-правових приписів. До невирішених сьогодні проблем застосування норм, які встановлюють відповідальність за вимагання неправомірної вигоди, належить питання кримінально-правової оцінки вимагання неправомірної вигоди з використанням службовою особою дискреційних повноважень.

Праць, які б спеціально присвячувалися проблемам кримінально-правової оцінки вимагання неправомірної вигоди службовою особою з використання дискреційних повноважень, нами виявлено не було. Проте говорити про цілковиту відсутність у теорії кримінального права міркувань щодо цієї проблеми також не можна. Так, актуальні проблеми кримінально-правової характеристики вимагання неправомірної вигоди, щоправда, лише стосовно службової особи юридичної особи приватного права, висвітлені в статті О.О. Дудорова й Я.В. Ризака «Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи приватного права» та в дисертаційних дослідженнях таких російських вчених, як Р.А. Гребенюк і П.В. Ніконов.

**Постановка завдання.** Метою статті є вирішення проблем кримінально-правової оцінки вимагання неправомірної вигоди, вчиненого спеціальним суб'єктом із використанням своїх дискреційних повноважень.

**Результати дослідження.** Вимагання неправомірної вигоди може здійснюватися у двох формах:

- 1) у формі активної та настійливої вимоги;
- 2) у формі пасивного очікування неправомірної вигоди від особи, яка умисно та неправомірно поставлена в умови, за яких вона вимушена дати винагороду.

Вимога може супроводжуватися явною погрозою порушення прав і законних інтересів особи або погрозою невідновлення її порушених прав. За своїм змістом дії (бездіяльність), якими погрожує службова особа або інший спеціальний суб'єкт «пасивного підкупу», становлять собою: 1) погрозу зловживанням специфічним становищем; 2) погрозу бездіяльністю, тобто недобросовісним ставленням спеціального суб'єкта до своїх обов'язків тоді, коли він зобов'язаний діяти в інтересах особи, що зазнала вимагання, однак умисно не робить цього.

Як зазначається в спеціальній літературі, в обох випадках погроза спричинена незаконними діями (бездіяльністю) службової особи. Навіть більше, у другому разі особа, щодо якої вчиняється вимагання, передбачає неминучість шкоди своїм правоохоронюваним інтересам або вони вже порушені [10, с. 177–178]. Зауважимо, що дія (бездіяльність), якими погрожує службова особа або інший спеціальний суб'єкт «пасивного підкупу», входять у його службові повноваження або така особа може їм сприяти своїм службовим чи іншим спеціальним становищем. Таке твердження ґрунтується на характеристиці умов, які визначають зміст та природу кримінально-каранного підкупу.

Питання законності чи незаконності поведінки спеціального суб'єкта в разі вимагання ним неправомірної вигоди може поставати у зв'язку з тим, що, наприклад, наявність самого факту вимагання в теорії кримінального права, донедавна в нормативно-правовому регулюванні та й на практиці, була підставою для звільнення особи, що запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, від кримінальної відповідальності. І хоча ця підстава із ч. 5 ст. 354 КК України зараз зникла, ніщо не перешкоджає унеможливити притягнення потерпілого від вимагання до кримінальної відповідальності відповідно до ч. 2 ст. 40 КК України як особи, що зазнала психічного примусу. Цікавими є міркування російських вчених про те, що «<...> наявність факту погроз щодо хабародавця є, відповідно до примітки до ст. 291 КК Російської Федерації, однією з підстав для звільнення хабародавця від кримінальної відповідальності. Це самостійна підстава. Встановивши наявність ознак вимагання хабара, особа, яка провадить розслідування злочину, зобов'язана звільнити хабародавця від відповідальності, навіть якщо в діях останнього немає

жодних ознак позитивної посткримінальної поведінки. Однак, враховуючи те, що одержання хабара під погрозою можливе за вчинення як законних, так і незаконних дій службової особи, зауважимо, що хабародавець завжди повинен бути звільнений від кримінальної відповідальності в тому разі, якщо передача ним хабара була спрямована на відвернення шкоди своїм правоохоронюваним інтересам. Якщо ж службова особа вимагає передачі хабара під погрозою виконання свого службового обов'язку, то хабародавець звільняється від відповідальності тільки тоді, коли службова особа не виконала перед ним своїх обов'язків» [4, с. 72]. Дещо дивний, на наш погляд, підхід, однак здається, можна порушити відповідне питання і стосовно нашого законодавства. Чомусь вихідним пунктом розглядається законність дій саме службової особи чи іншого спеціального суб'єкта «пасивного підкупу», а не законні інтереси потерпілого. А можна змоделювати ситуацію, коли законними діями порушені законні інтереси? Чи таке неможливо в принципі? У цій частині дослідження висунемо гіпотезу про те, що в будь-якому разі за наявності колізії інтересів, пріоритет варто надавати інтересам саме потерпілого.

В юридичній літературі можна знайти різні думки щодо цього. Так, З.Т. Баранова зазначала, що вимагання виражається в активній, настійливій вимозі хабара під погрозою невиконання законних вимог особи, в якій вимагається хабар, або вчинення щодо неї яких-небудь незаконних дій, що спричиняють шкоду її інтересам [1, с. 14]. А.С. Горелік вимагання пропонує розуміти як вимогу службової особи передати їй винагороду, що супроводжується погрозою в разі відмови порушити законні інтереси того, хто дає [3, с. 196], а отже, виключає з ознак вимагання погрозу невиконання законних вимог службової особи, наприклад, з відновлення порушених прав. Досить спірною думкою є і необдумане розширення форм вимагання. Хабар є настільки небезпечним злочином, як писав О.Я. Светлов, що вимогу вручити його під погрозою вчинення будь-яких дій як законних, так і незаконних, необхідно визнавати вимаганням [11, с. 218]. Аналогічної позиції дотримується Ю.А. Мелеховець, стверджуючи, що як вимагання хабара можуть бути кваліфіковані тільки такі дії службової особи, в яких отримання хабара стало наслідком вимоги службової особи дати йому хабар під погрозою вчинення будь-яких (законних або незаконних) дій по службі, які могли спричинити шкоду інтересам хабародавця (законним або незаконним) [9, с. 113].

Постає описане вище протиріччя: законні дії службової особи не можуть бути причиною шкоди законним правам та інтересам хабародавця. Хоча це можна піддати сумніву з таких міркувань: так, наприклад, законне рішення про поміщення в слідчий ізолятор (далі – СІЗО) у наших умовах, на думку Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), є порушенням гідності особи, або можна змоделювати іншу ситуацію, коли зовні законне рішення в позитивістському аспекті порушує законні права потерпілого в природно-правовому аспекті. Варто посперечатися із Б.В. Здравомисловим, на думку якого погроза виконати свій службовий обов'язок не може бути вимаганням хабара [6, с. 145]. Уявімо собі ситуацію, що прокурор під час допиту особи, яка скоїла злочин, погрожує їй взяттям під варту за поданням до суду на цілком законних підставах, а для того, щоб він цього не робив, вимагає неправомірну вигоду. Перебування в СІЗО навіть на законних підставах із найвищою долею ймовірності завдасть шкоди здоров'ю особи, а також іншим законним інтересам, – наші умови утримання взятих під варту до цього призводять, а отже: законні дії порушують законні права. Тому, як здається, концентрувати увагу треба на законних правах особи, а не на поведінці службової особи, яка може бути будь-якою. З іншого боку, складно заперечити думку, що протиправні інтереси останньої не можуть стати об'єктом кримінально-правової охорони [10, с. 174–175]. Однак зазначимо, що дане твердження буде справедливим лише щодо підкупу, не пов'язаного з вимаганням неправомірної вигоди.

Досить складно встановити, законні чи незаконні інтереси намагається реалізувати той, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду, коли службова особа – одержувач неправомірної вигоди здійснює дискреційні повноваження. Іноді взагалі неможливо визначити, якими діями (законними чи незаконними) погрожує особа, яка вимагає неправомірну вигоду. Для ілюстрації такої ситуації О.Я. Светлов, наприклад, наводив казус із двома особами, які претендують на роботу в організації за наявності лише однієї вакансії. Вибрати із двох осіб кращого кандидата – право керівника, який може вимагати неправомірної вигоди з обох претендентів, розраховуючи прийняти на роботу того, хто дасть йому (пообіцяє) більшу суму [11, с. 218–219]. Справді, під час вирішення кадрових питань на підставі правових норм, якими б вичерпними вони не були, мають враховуватися і додаткові моменти, наприклад, особисті якості претендентів. На думку О.О. Дудорова, інтерес того, хто пропонує (надає) неправомірну вигоду в разі, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень службової особи юридичної особи

приватного права, не суперечить чинному законодавству, а тому має визнаватися законним. Інакше кажучи, законними інтересами в разі вимагання неправомірної вигоди варто вважати також 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 на власний розсуд) [5, с. 187]. І тут, на нашу думку, вирішення проблеми залежить від акцентів – правомірність дій службової особи та законність інтересів потерпілої особи. Здебільшого обидва аспекти збігаються: законні інтереси особи порушуються незаконною поведінкою службової особи, однак можливі й інші варіанти. Потрібно у вирішенні надавати пріоритет інтересам потерпілої особи.

Коли йдеться про наявність або відсутність вимагання неправомірної вигоди в ситуації з дискреційними повноваженнями службової особи або іншого спеціального суб'єкта «пасивного підкупу», варто враховувати й те, що діяння, вчиненням яких погрожує в цьому разі спеціальний суб'єкт, навряд чи можуть визнаватися законними, хоча під час їх здійснення службова особа формально не порушує конкретної правової норми [5, с. 188–189]. У своїй публікації О.О. Дудоров і Я.В. Ризак наводять короткий огляд наукових позицій щодо вимагання неправомірної вигоди з використанням дискреційних повноважень, який, на нашу думку, необхідно схематично навести в цій роботі. Так, В.В. Степанов зазначав, що «<...> дії по службі, якими хабароодержувач погрожує хабародавцю під час вимагання хабара, поділяються на такі, які, по-перше, не є службовою необхідністю і, по-друге, не входять до компетенції службової особи <...>. Дії службової особи навіть у межах її компетенції, які не засновані на службовій необхідності, а здійснюються з корисливих чи інших інтересів, не можуть бути визнані законними» [12, с. 231]. В.М. Ширяєв 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 неправильно по суті, тобто суперечити тим цілям і завданням управління, заради яких вона здійснюється» [13, с. 525–526]. Д.І. Крупко зауважує, що в кримінальному праві Швейцарії дискреційне діяння в контексті складів хабарництва прирівнюється до неправомірного службового діяння і є обов'язковою ознакою давання й одержання хабара. Автор пропонує запровадити у вітчизняну судову практику принципи застосування дискреційних повноважень, вироблені наукою та судовою практикою Федеративної Республіки Німеччина та Швейцарії, з урахуванням того, що діяння по службі особи має визнаватися неправомірним і в тому разі, коли воно порушує один із зазначених принципів [8, с. 75–85, 162–185]. Отже, на думку вчених, вимога службовою особою юридичної особи приватного права з погрозою використання дискреційних повноважень, що є загрозою для законних інтересів особи та означає погрозу скоєння незаконного діяння по службі, має розцінюватися як вимагання неправомірної вигоди [5, с. 188–189].

Автори обґрунтовують наявність ознаки «незаконності» у разі погрози використання дискреційних повноважень. Акцент робиться на поведінці спеціального суб'єкта, а не на законності порушених прав потерпілої особи. Так, у своїх попередніх працях О.О. Дудоров зазначав, що «<...> переконані в тому, що інтерес хабародавця в разі, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень службової особи, не суперечить чинному законодавству, а тому має визнаватися законним. Можна сказати і так: законність інтересу хабародавця в такому разі має розглядатися як легальність застосування відповідних правових приписів з обов'язковим врахуванням конкретних обставин» [7, с. 471]. Подібним чином розмірковує і Б.В. Волженкін, який обґрунтовано визнає вимаганням хабара вимогу слідчим хабара, поєднану з погрозою обрати на свій розсуд більш суворий запобіжний захід [2, с. 336]. Отже, законні інтереси хабародавця в разі вимагання хабара варто розуміти також як такі, які не суперечать чинному законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням (залишається простір для індивідуального «піднормативного» регулювання у вигляді дій службової особи на власний розсуд) [7, с. 471]. Тут також варто мати на увазі, що насправді, напевно, службова особа або інший спеціальний суб'єкт «пасивного підкупу» взагалі не може діяти «на власний розсуд». Навіть за наявності дискреційних повноважень завжди є якісь загальні засади, які особа повинна враховувати, коли ухвалює те чи інше рішення в межах своєї компетенції. Серед таких засад і право іншої особи, щодо якої ухвалюється рішення, на розумні строки, справедливості, верховенство права загалом, пропорційність тощо. Отже, правове розуміння дозволяє відшукати додаткові аргументи щодо позиції О.О. Дудорова або змістити акценти не на законність поведінки службової особи чи іншого спеціального суб'єкта, а на її правомірність.

**Висновки.** Вимагання службовою особою або іншим спеціальним суб'єктом «пасивного підкупу» неправомірної вигоди з погрозою використання власних дискреційних повноважень

має оцінюватися з позиції загрози законним інтересам суб'єкта «активного підкупу», оскільки означає погрозу вчинення неправомірного діяння по службі, має розцінюватися як вимагання неправомірної вигоди, з усіма кримінально-правовими наслідками, що із цього випливають.

**Список використаних джерел:**

1. Баранова З.Т. Расследование дел о взяточничестве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1956. 22 с.
2. Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2005. 560 с.
3. Горелик А.С., Шишко И.В., Хлупина Г.И. Преступления в сфере экономической деятельности и против службы в коммерческих и иных организациях. Красноярск, 1998. 224 с.
4. Гребенюк Р.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Ставропольский государственный университет. Ставрополь, 2007. 171 с.
5. Дудоров О.О. Ризак Я.В. Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 180–191.
6. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. М.: Юридическая литература, 1975. 168 с.
7. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. Луганськ: Елтон-2, 2012. 704 с.
8. Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2005. 220 с.
9. Мелеховец Ю.А. Ответственность за получение взятки путем вымогательства. Проблемные вопросы применения уголовного законодательства в деятельности органов внутренних дел: сборник научных трудов. Минск, 1992. С. 110–117.
10. Никонов П.В. Уголовно-правовая характеристика получения взятки: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Иркутск: Байкальский государственный университет экономики и права, 2005. 259 с.
11. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. К.: Наукова думка, 1978. 303 с.
12. Степанов В.В. Квалифицирующие обстоятельства взяточничества. Ученые записки Саратовского юридического института. Вып. 15. Саратов, 1967. С. 229–236.
13. Ширяев В.Н. Взятничество и лиходательство в связи с общим учением о должностных преступлениях: уголовно-юридическое исследование. Ярославль, 1916. С. 525–526.