

Винагорода може виражатися у виплаті найманцеві заробітної плати, добо-вих за кожний день виконання бойового завдання, за знищення конкретного об'єкта.

У випадку, якщо сторона, обіцяючи найманцеві винагороду, не виплатила її, це не впливає на відповідальність найманця за ч. 2 ст. 447 КК України, оскільки складом злочину не передбачено фактичне одержання винагороди.

Таким чином, здійснення зазначених у диспозиції ч. 2 ст. 447 КК України діянь без спеціальної мети винного, тобто без прагнення до одержання матеріальної винагороди не утворює складу найманства.

Можливо зробити висновок, що законодавче визначення найманства припускає, що всі його склади можуть бути вчинені тільки з прямим умислом. При цьому суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 447 КК України, — сам найманець — діє тільки для одержання їм матеріальної винагороди.

#### Література

1. Конституція України.
2. Кримінальний кодекс України 2001 р.
3. Конвенция о запрещении вербовки, использования, финансирования и обучения наемников 1989 года // Действующее международное право. — М., 1997. — Т. 2.
4. Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 8 июля 1977 года // Документы ООП. А/32/144.
5. Доклад специального комитета по разработке Международной конвенции по борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников: Дополнение № 43 (A/44/43) к официальным отчетам 44-й сессии Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций / Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций. Официальные отчеты. 44-я сессия. Нью-Йорк: ООП, 1989.
6. Использование наемников как средство нарушения прав человека и противодействия осуществлению права народов на самоопределение // Документы ООП. А/54/326. — С. 22.
7. Кудрявцев В. П. Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд. — М., 1999.
8. Рагоз А. И. Вица в советском уголовном праве. — Саратов, 1987.
9. Кузнецова П. Ф. Преступление и преступность. — М., 1969.

УДК 343.352

*Д. Г. Михайленко*

#### ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ХАБАРНИЦТВА

Характеристиці хабарництва в юридичній літературі приділяється значна увага, але, незважаючи на це, залишаються питання, які через свою проблемність не знаходять однакового вирішення серед науковців чи взагалі не розв'язуються, що, зрозуміло, не сприяє правильному застосуванню норм про кримінальну відповідальність за одержання-давання хабара і норм про злочини, що є пов'язаними чи суміжними з хабарництвом. У переважній більшості робіт з окресленої проблематики детальному аналізу піддаються ознаки складів одержання і давання хабара, при цьому дискусійні аспекти автори намагаються вирі-

шувати лише в рамках вчення про склади даних злочинів, часто не вдаючись до вивчення вихідних положень щодо даних діянь чи до застосування знань більш загального рівня, які мають непрямий зв'язок з самим хабарництвом тощо. Тому перед тим як характеризувати ознаки даного злочину, вступати в полеміку з приводу однозначно не вирішених його аспектів, видається необхідним перш за все визначити зміст поняття хабарництва та, що є більш важливим, його правову природу. Вирішення даних питань носить принципове значення і повинно служити тією основою, на яку необхідно опиратися в подальшому при аналізі ознак хабарництва та виробленні правил його кваліфікації тощо. Але необхідно констатувати, що, незважаючи на відому важливість та складність даних проблем, у науковій літературі їм не приділяється належної уваги. Достатньо відзначити, що, окрім коротких вказівок, по даних питаннях практично нічого не було висловлено. Однак як раніше, так і тепер поняття хабарництва, його правова природа розуміються науковцями неоднаково, що зумовлює необхідність спеціального дослідження даних проблем.

У науковій літературі по-різному розкривається зміст хабарництва. Так, під терміном «хабарництво» розуміють: 1) одержання хабара; 2) одержання і давання хабара; 3) одержання, давання хабара і посередництво в хабарництві; 4) одержання, давання хабара і провокація хабара; 5) одержання, давання хабара, посередництво в хабарництві і провокація хабара. Перераховані визначення мають, як видно, різний обсяг, але необхідно зазначити, що всі вони є відносно вірними, оскільки часто даються та використовуються для зручності дослідження окремих проблем (інколи навіть не кримінально-правового характеру), пов'язаних зі злочинами у сфері службової діяльності. Але нас цікавить визначення хабарництва в першу чергу саме в кримінально-правовому смислі і в цілях використання його для розгляду питань кваліфікації діянь, які входять в його зміст, тому, виходячи з цього, спробуємо критично проаналізувати кожен з наведених позицій.

Прихильники ототожнення хабарництва з одержанням хабара дають таке його визначення: хабарництво — це у всякому приватному порядку оплачена посадова дія, незалежно від того, правомірна сама по собі ця дія чи ні, оплачена вона до чи після її вчинення [15, 46]. Як видно, такого роду визначення фактично копіюють диспозицію одержання хабара. Деякі автори, які при характеристиці хабарництва зводять останнє лише до одержання хабара, приходять до думки, що давання хабара розглядати поряд з його одержанням взагалі недоцільно, оскільки воно не є посадовим злочином, тому що суб'єктом давання хабара може бути не лише посадова, а й будь-яка інша особа [6, 83]. В зв'язку з цим пропонується віднести давання хабара до злочинів проти порядку управління [6, 79; 20, 79]. Такий підхід видається принципово невірним, оскільки через зв'язок, який існує між одержанням і даванням хабара, характеристика складу одного з цих діянь страждатиме неповнотою, адже неможливо описати закінчене одержання (давання) хабара абстрактно, не беручи до уваги його давання (одержання). Крім того, після віднесення давання хабара до злочинів проти порядку управління в подальшому вказується, що дане діяння посягає

на нормальну діяльність державного апарату, тобто на об'єкт посадових злочинів (приведена трактовка об'єкта даної групи злочинів є дискусійною). Таке положення порушує принцип групування злочинів в Особливій частині за ознакою спільності їх безпосередніх об'єктів. Враховуючи спрямованість давання хабара та його особливості, видається, що дане діяння є злочином у сфері службової діяльності, який неможливо розглядати ізольовано від одержання хабара. З наведеного виходить, що зведення хабарництва лише до одержання хабара є недоцільним.

На противагу наведеному вузькому тлумаченню поняття хабарництва існує широка його трактовка, за якою хабарництво — це родове поняття, яке охоплює чотири види злочинів: 1) одержання хабара; 2) посередництво в хабарництві; 3) давання хабара; 4) провокацію хабара [11, 516; 3, 227]. Наведене розуміння хабарництва пояснюють тим, що для всіх злочинів, через які виражається хабарництво, є ряд спільних ознак, а саме: а) спільним є предмет посягання — хабар; б) однаковим є момент закінчення даних посягань, тобто всі види хабарництва вважаються закінченими тоді, коли має місце прийняття посадовою особою хоча б частини хабара; в) однорідною є термінологія, яка використовується у диспозиціях відповідних кримінально-правових норм [11, 517]. Не тяжко переконатися, що перші два аргументи мають силу лише щодо посередництва в хабарництві, одержання і давання хабара та не діють відносно складу провокації хабара. Тому останній відносять до хабарництва лише з-за однорідності термінології та, як уявляється, із-за його суб'єкта, яким може бути лише службова особа. По суті ж провокація хабара не є самим хабарництвом. Це лише один із видів штучного створення доказів обвинувачення у злочині, а конкретніше — у хабарництві, тому даний злочин лише прилягає до хабарництва. В зв'язку з цим видається неточною назва даного злочину — «провокація хабара», адже не можна спровокувати хабар, тобто (умовно) предмет майнового характеру, наприклад — гроші. Зі змісту диспозиції ст. 370 КК випливає, що провокують одержання чи давання хабара, тому даний злочин в Законі необхідно означити як — «Провокація одержання чи давання хабара». Крім того, якщо звернути увагу на спрямованість злочину, передбаченого ст. 370 КК, виявимо, що метою даного діяння, як вказано в самій диспозиції, є викриття того, хто дав або взяв хабар, виходячи з цього, сумнівним є те, що провокація хабара посягає лише на родовий об'єкт розділу XVII КК. Враховуючи наведене, видається, що даний злочин більшою мірою належить до злочинів проти правосуддя, в розділ про які його доцільніше перемістити. Таким чином, включення в поняття хабарництва провокації хабара є безпідставним.

Може скластися враження, що позиція широкого розуміння поняття хабарництва відображається в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 року, відповідно до преамбули вона покликана забезпечити однакове і правильне застосування законодавства саме у справах про хабарництво і при цьому в ній закріплені рекомендації Верховного Суду щодо застосування норм як про одержання і давання хабара, так і про провокацію хабара (п. 23 Постанови). Такий стан

речей є прикладом розгляду провокації хабара поряд з його одержанням і даванням лише для зручності. Саме ж поняття хабарництва можна окреслити шляхом тлумачення п. 25 Постанови, де зокрема зазначено, що при розгляді справ про хабарництво судам необхідно додержуватися вимог закону про індивідуалізацію покарання, і подальшому йде мова лише про склади злочинів, передбачені ст. ст. 368 і 369 КК. Таким чином, видається, що Верховний Суд під хабарництвом розуміє одержання хабара, давання хабара і співучасть у даних діяннях.

З аналогічних позицій сумнівним є підхід авторів, які включають у зміст хабарництва одержання, давання хабара і його провокацію, не згадуючи при цьому посередництво в хабарництві [19, 236]. У зв'язку з цим необхідно розглянути можливість включення в поняття хабарництва посередництва в даному злочині. На підтримку такого розуміння вказується те, що хабарництво, будучи родовим поняттям, охоплює три самостійних, але взаємозалежних склади злочинів: одержання хабара, давання хабара і посередництво в хабарництві, оскільки вони пов'язані між собою спільністю об'єкта і предмета, змістом і характером дій [9, 29, 31]. Варто зазначити, що прихильники даної трактовки хабарництва посередництво включали в його зміст лише за часів дії КК УРСР 1960 року, коли ж в 2001 році даний склад злочину був виключений з Кримінального закону і штучно перетворений у пособництво в одержанні чи даванні хабара, дана позиція трансформувалася і не передбачає посередництво як різновид хабарництва. Уявляється, що не варто поєднувати віднесення до хабарництва посередництва в ньому лише з тим, закріплюється воно як окремий склад злочину в КК чи ні, адже такий критерій не є суттєвим. Потрібно шукати більш принципові підстави для цього. Посередництво не повинно включатися в поняття хабарництва з таких міркувань. З самого терміна «посередництво в хабарництві» випливає, що даний злочин стоїть осторонь самого хабарництва і не включається в його зміст. Адже інакше, якщо підставити в словосполученні «посередництво в хабарництві» замість слова «хабарництво» його визначення, то вийде, що існує окрім іншого посередництво в посередництві в хабарництві, чого, зрозуміло, бути не може.

Враховуючи вищевказане, видається, що єдино вірною є позиція групи авторів [8, 42; 12, 799; 17, 410; 18, 705], за якою хабарництво включає в себе тільки одержання та давання хабара, оскільки лише вона відображає сутність даного явища. Посередництво в хабарництві та провокація хабара є злочинами, які прилягають до хабарництва.

Таке розуміння обсягу поняття хабарництва тісно пов'язане з його правовою природою. В науковій літературі питання про правову природу хабарництва є практично не розробленим і (з-за цього) невирішеним. Найбільш принципові та конкретні позиції з даної проблеми зводяться до трьох точок зору.

Одна група авторів стверджує, що одержання і давання хабара є самостійними злочинами, які не залежать один від одного (Б. В. Здравомислов, В. Ф. Кириченко, В. Е. Мельникова, Н. А. Стручков, М. Д. Шаргородський). При цьому, зокрема, вказується, що при одержанні хабара і його даванні різні об'єктивна

сторона, характеристика суб'єктів цих злочинів, інтереси, мотиви і цілі їх дій [5, 124; 10, 4–5]. Дані злочини сформульовані в різних статтях КК [14, 7]. В тих випадках, коли службова особа не приймає хабар, вона ніякої відповідальності не несе, а хабародавець буде відповідати за замах на давання хабара [6, 59]. Давання хабара, на відміну від його одержання, посягає на інший об'єкт — порядок управління [20, 79].

З такою позицією погодитися не можна. Її різко охарактеризував Н. П. Кучерявий як поверхневу та механістичну [8, 41]. Дійсно, виділення в КК давання хабара в окрему статтю не дає підстав для визнання його самостійним злочином, який не залежить від одержання хабара. По-перше, диспозиція ст. 369 КК не містить ніяких ознак, які б характеризували дане діяння, оскільки вони знаходяться в диспозиції ст. 368 КК, інакше кажучи, дані норми мають єдину диспозицію. По-друге, давання хабара без його одержання і навпаки ніколи не можуть бути доведені до кінця. Крім того, теза про нетотожність об'єктів посягання, як уже зазначалося, є принципово невірною, а відмінності в суб'єктивних ознаках ніяким чином не доводять самостійність даних посягань.

Поширеною є позиція, відповідно до якої давання хабара — це випадок співучасті в одержанні хабара, при цьому така співучасть означається як необхідна (Б. В. Волженкін, А. А. Жижиленко, Ю. И. Ляпунов, В. О. Навроцький, А. Н. Трайнін, О. Я. Светлов та інші). Її прихильники звертають увагу на те, що службова особа самостійно не може здійснити одержання хабара, для цього необхідно, щоб хтось його дав [11, 517]. Тому хабародавець, у тому числі діючий під впливом примусу (вимагання хабара), є необхідним співучасником даного злочину, оскільки він умисно, спільно з службовою особою бере участь в посяганні на один об'єкт. Різниця в суб'єктивних ознаках пояснюється тим, що при співучасті не вимагається спільності мотивів, інтересів, цілей діяльності, навпаки, це є повністю допустимим. Важливим є лише усвідомлення спільності і протиправності дій [2, 193–194]. Відзначається, що давання хабара не є самостійним злочином, тому що він не може бути закінченим без наявності закінченого одержання хабара [13, 227].

Наведені аргументи є повністю вірними, але видається, що вони не доводять тезу про те, що давання хабара є несамоостійним злочином і являє собою необхідну співучасть в одержанні хабара. Тому в цілому даний підхід видається сумнівним. По-перше, інститут співучасті не знає такого виду співучасті, як необхідна співучасть. Видається, що даний термін був введений для пом'якшення контраргументу відносно даної позиції, який полягає в такому. Співучасть в кримінальному праві припускає спільну умисну участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні одного і того ж умисного злочину (ст. 26 КК). При цьому такий злочин може бути скоєний і однією особою, тобто без наявності співучасті, яка лише підвищує суспільну небезпеку даного діяння, не змінюючи його юридичну природу [8, 41], не являючись конструктивним елементом складу такого злочину. Тому співучасть ніколи не може бути необхідною. По-друге, якщо визнати позицію, яка розглядається вірною, то кожного разу при кваліфікації хабарництва потрібно було б робити вказівку на форму такої

співучасті (ст. 28 КК) та застосовувати у вигляді обтяжуючої обставину п. 2 ч. 1 ст. 67 КК (вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою) тощо, чого ніколи не спостерігалось у правозастосовчій діяльності чи роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду. Якщо давання хабара — це співучасть в одержанні хабара, то тоді до якого виду співучасника віднести хабародавця? По характеру дій він не може бути ні організатором, ні підбурювачем, ні пособником, а співвиконавцем при одержанні хабара, що є визнаним в науковій літературі, може бути лише службова особа. Крім того, за даною позицією давання хабара необгрунтовано ставиться в залежність (підпорядкованість) від його одержання. При цьому випускається з уваги те, що й одержання хабара не може бути закінченим без його давання. Чому тоді не вести мову про залежний характер і несамостійність одержання хабара не зрозуміло. Все це доводить рівноправність двох даних діянь. Деякі автори навіть порівнюють хабарництво з цивільно-правовим договором, що виражає паритетність хабародавця та хабароодержувача.

Одержання хабара є спеціальним усіченим корисливим видом зловживання владою або службовим становищем, тому для даних діянь діють однакові закономірності. Для виявлення прогалин у позиції, яка критикується, розглянемо такі ситуації: 1) в разі вимагання і одержання службовою особою за використання свого службового становища благ немайнового характеру (не охоплюються поняттям хабара) від будь-якої особи, якщо це заподіяло істотну шкоду вказаним у ст. 364 КК інтересам, то в наявності буде лише склад зловживання владою або службовим становищем, в діях же особи, яка надала названі блага, відсутні ознаки будь-якого складу злочину, в тому числі і співучасті; 2) якщо ж при аналогічних умовах службова особа вимагає і одержує блага майнового характеру (охоплюються поняттям хабара), то будуть присутні ознаки одержання хабара (ст. 368 КК) і його давання (ст. 369 КК), за яке такий хабародавець відповідно до ч. 3 ст. 369 КК буде звільнений від кримінальної відповідальності. Виникає питання — чому при аналогічній фактичній участі особи, у якої вимагають визначені блага, у першому випадку в її діях взагалі не буде ознак злочину, а в другому будуть ознаки давання хабара? Якщо визнати давання хабара співучастю в його одержанні, то відповісти на це питання ми не зможемо, тому що будемо вимушені дії особи, яка передає блага, в першому випадку кваліфікувати (по аналогії з даванням хабара) як співучасть у зловживанні владою або службовим становищем, що, зрозуміло, зробити неможливо. З цього простого прикладу випливає, що концепція «необхідної співучасті» не може належним чином відобразити правову природу хабарництва, але необхідно визнати такі положення, які безпосередньо впливають з неї: а) одержання і давання хабара — це один-єдиний злочин — хабарництво; б) в ньому беруть участь дві сторони — хабародавець і хабароодержувач, кожна з яких може мати співучасників; в) кожна сторона може переслідувати власну ціль, керуючись при цьому мотивами, відмінними від мотивів «контрагента».

Виходячи з цих положень та беручи до уваги наведене вище, видається вірною позиція авторів (Н. Д. Дурманов, Н. Г. Кучерявий, Ш. Г. Папіашвілі,

А. Б. Сахаров, Б. С. Утевський та інші), за якою одержання і давання хабара — це єдиний складний двосторонній склад злочину (інколи використовується інша термінологія: злочин особливого роду [7, 728], двоєдиний процес [16, 829], але від цього зміст залишається тим же). Як давання, так і одержання хабара є обов'язковими (конструктивними) елементами єдиного процесу — хабарництва. Єдність даного складу злочину виражається в тому, що дані діяння: 1) посягають на один і той же безпосередній об'єкт [4, 31]; 2) вважаються закінченими в один момент і не можуть бути доведеними до кінця самостійно; 3) мають єдину диспозицію, що свідчить про спільність їх об'єктивної сторони [8, 41]. Складність хабарництва полягає в тому, що його об'єктивна сторона, хоча є одним процесом, складається з двох необхідних взаємопов'язаних елементів (є двоєдиною) — давання і одержання хабара, перший з яких виконує хабародавець, другий — хабароодержувач. Вказані елементи умовно розміщені законодавцем в двох статтях КК (368 і 369). Двосторонній характер хабарництва пояснене не потребує. З точки зору підтриманого підходу можна відповісти на поставлене вище питання. В обох наведених випадках має місце єдиний складний двосторонній процес, який без участі будь-якої не може бути доведений до закінченого злочину, але на відміну від дій особи, у якої вимагають блага немайнового характеру, хабародавець через те, що він передає майнові блага (хабар), має вищу суспільну небезпеку, адже його дії спрямовані на задоволення більш негативної по оцінці суспільства мотивації — корисливої, тому такі діяння наділені законодавцем ознаками злочину. Якщо ж згодом суспільство, шляхом розширення поняття хабара, визнає, що надання немайнових благ службовій особі, спрямоване на задоволення її інших особистих (некорисливих) мотивів, є настільки ж небезпечним, як і передача хабара, то такі дії теж міститимуть ознаки хабарництва.

Таким чином, хабарництво — це єдиний складний двосторонній склад злочину, який складається з двох необхідних взаємопов'язаних елементів — давання і одержання хабара.

Наведене розуміння поняття хабарництва і його правової природи мають не лише загальнотеоретичне значення, а й визначають вирішення ряду питань кваліфікації даного діяння. Зокрема, оскільки давання хабара не можна вважати співучастю в його одержанні, то необхідно зробити висновок, що склад злочину, передбачений ст. 369 КК, не охоплює злочинну діяльність, яка містить ознаки співучасті в одержанні хабара. Тому, якщо поряд з даванням хабара особа виконує дії, які підпадають під ознаки організатора, підбурювача чи пособника в одержанні хабара, то така злочинна діяльність повинна кваліфікуватися шляхом застосування ст. 369 КК і відповідної частини ст. 27 КК та ст. 368 КК. Той же принцип діє і навпаки — щодо одержання хабара.

#### Література

1. Про судову практику у справах про хабарництво: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 р.
2. Волженкип Б. В. Службівые преступления. — М.: Юристъ, 2000.

3. Гельфанд И. А. Хозяйственные и должностные преступления в сельском хозяйстве. — К., 1970.
4. Дурмапов Н. Д. Уголовная ответственность за взяточничество по действующему советскому законодательству // Проблемы социалистического права. — 1937. — Сб. 2.
5. Здравомыслов Б. В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. — М.: Юрид. лит., 1975.
6. Кириченко В. Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. — М., 1959.
7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. В. М. Лебедева. — М.: Норма, 2003.
8. Кучерявый П. П. Ответственность за взяточничество. — М., 1957.
9. Мельник М. І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. — К.: Парлам. вид., 2000.
10. Мельникова В. Е. Ответственность за взяточничество. — М., 1982.
11. Павроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. — К.: Знання, КОО, 2000.
12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. С. Ф. Яценко. — К.: А.С.К., 2002.
13. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. — К.: Наук. думка, 1978.
14. Стручков П. А. Борьба со взяточничеством по советскому уголовному праву: Автореф. дис... — М., 1954.
15. Трайнин А. Должностные и хозяйственные преступления. — М., 1938.
16. Уголовное право России: Учеб. для вузов: В 2 т. / Под ред. А. П. Игнатова, Ю. А. Красикова. — М.: Норма, 2005. — Т. 2: Особенная часть.
17. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: Учебник / Под ред. Б. В. Здравомыслова. — 2-е изд. — М.: Юристъ, 1999.
18. Уголовный кодекс Украины: Науч.-практ. коммент. / Отв. ред. Е. Л. Стрельцов. — 3-е изд. — Х.: Одиссей, 2006.
19. Харченко В. Б., Перекрестов Б. Ф. Уголовное право Украины. Особенная часть: новое законодательство в вопросах и ответах: Конспект лекций. — Х.: Скорпион, 2001.
20. Шаргородский М. Д. Уголовный закон. — М.: Юриздат, 1948.

УДК 343.23

А. С. Оцяця

### ОБЪЕКТ КРИМИНАЛЬНО-ПРАВОВОЙ ОХОРОНЫ

Проблема, яка постає в даній статті, торкається питання кримінальної політики нашої держави, охоронної функції кримінального права та об'єкта кримінально-правової охорони.

Кримінальна політика України, як вид державної політики, змінювалася в залежності від історичного етапу розвитку нашої держави. Відповідно вона була різноплановою та різносторонньою. І з огляду на цей процес розвитку змінювався і об'єкт кримінально-правової охорони, розширяючи або звужуючи свої межі.

Для того щоб передбачити можливі шляхи подальшого розвитку об'єкта кримінально-правової охорони, нам необхідно розглядати його в динаміці. В стані діалектичного розвитку. Наукова розробка даної проблеми на сучасному етапі розвитку нашої держави є особливо актуальною і не викликає ніяких сумнівів.