

Д. І. Крупко, аспірант

Одеський національний університет,
кафедра кримінально-правових дисциплін та судово-правоохоронних органів,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ХАБАРНИЦТВА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ФРН

У статті представлений огляд проблеми, які виникають під час кваліфікації хабарництва, розглянуто, як вони вирішуються німецькою юридичною наукою та судовою практикою. Аналізуються складні для кваліфікації моменти: протиправна угода, отримання цінностей, відмежування службових і приватних дій, кваліфікація за ознакою протиправності службової дії, зокрема кваліфікація за ознакою зловживання дискреційними повноваженнями. Порівнюючи тлумачення цих ознак в німецькому й українському кримінальному праві, автор доходить висновку, що в цілому німецький закон склад хабарництва криміналізує ширше коло діянь, ніж український.

Ключові слова: хабарництво, корупція, порівняльне правознавство, німецьке кримінальне право, українське кримінальне право.

Склади хабарництва в українському і німецькому кримінальному праві мають багато спільних ознак злочину. Зокрема, такі ознаки складу хабарництва, як участь представника влади, отримання майнової вигоди за виконання або невиконання певної дії службовцем, вимога хабара та ін., ми зустрічаємо в складах хабарництва як в українському, так і в німецькому кримінальному праві. Як ці ознаки тлумачаться в німецькій судовій практиці, що має понад сторічний досвід застосування цієї норми? Оскільки хабарництво і корупція становлять в нашій державі кричущу проблему і є серйозною перешкодою на шляху України до Європейського Союзу, знайомство з досвідом боротьби з цими явищами у ФРН і його критичне запозичення могло б стати вітчизняній науці корисними.

Система складів хабарництва в німецькому кримінальному праві. КК ФРН криміналізує отримання хабара за правомірну і протиправну службову дію в окремих статтях:

§ 331. Незаконне отримання цінностей (ч. 1)¹ Представник влади або носій

спеціального публічнослужбового обов'язку, який отримує, вимагає або погоджується на отримання цінностей за виконання своєї служби, карається позбавленням волі строком до трьох років або штрафом.

§ 332. **Хабарництво** (ч. 1). Представник влади або носій спеціального публічнослужбового обов'язку, який отримує, вимагає або погоджується на отримання цінностей за виконання в майбутньому або в минулому дії, який порушує свої службові обов'язки, карається позбавленням волі строком від шести місяців до п'яти років або штрафом.

Так само й закон про дачу хабара поділяється на два параграфи (§§ 333, 334) в залежності від правомірності дії, за яку дається хабар. §§ 331-334 стосуються тільки хабарництва державних службовців. Приватне хабарництво (§ 299 КК ФРН) є караним тільки тоді, якщо воно порушує добросовісну конкуренцію.

Проаналізуємо ті елементи цих складів, які викликають проблеми під час кваліфікації.

Об'єкт захисту. В німецькому кри-

мінальному праві об'єкт злочину, який вдало позначається терміном "об'єкт кримінально-правового захисту", має інколи вирішальне значення для кваліфікації. Наприклад, якщо представник влади приймає хабар, не маючи наміру виконувати будь-яких дій на користь хабародавця, або діє з метою його викриття, він не звільняється від відповідальності. Це обґрунтовується тим, що об'єкту хабарництва *віру в добросовісність виконання службових обов'язків* його діями вже було похитано. В 1924 році службовець, який прийняв хабара в аналогічній ситуації, був виправданий з тієї підстави, що розглядуване тоді як об'єкт захисту *добросовісне виконання службових обов'язків* порушено не було [11, 263]. З цього прикладу ми бачимо, що об'єкт захисту в німецькому праві є важливим інструментом тлумачення проблематичних ознак складу злочину.

Чи є об'єктом захисту в хабарництві *добросовісне виконання службових обов'язків* чи *віра в добросовісність виконання службових обов'язків*, дискутувалося в літературі з початку двадцятого сторіччя [2, 1057]. *Добросовісність виконання службових обов'язків* було відхилено, бо її було визнано родовим об'єктом всіх посадових злочинів. *Безкоштовність виконання службових дій* відхилялася, бо багато державних послуг оплачується громадянами у встановленому порядку. *Викривлення державної волі*, незважаючи на пряме посилення на цей об'єкт в обґрунтуванні до реформи Кримінального Кодексу [1, 1046], також було відхилено, бо за текстом закону карається і наступне отримання цінностей, яке не могло вплинути на формування волі службовця³. *Дотримання законності в державній службі* було відхилено, бо §§ 331 та 333 криміналізують отримання цінностей саме за виконання правомірних дій.

Починаючи з вироку BGHSt 15, 88 (96-97), Федеральна судова палата ФРН послідовно дотримується позиції, що об'єктом захисту в хабарництві є *віра в добросовісне виконання службових*

обов'язків [4, 46; 8, 2258; 6, 1532; 7, 881; 9, 292], що рівнозначне авторитету (репутації) державної влади, що розглядається як об'єкт хабарництва в українському праві. Таке складне формулювання об'єкту остаточно стає переконливим завдяки професору Гунтеру Арцту, який висунув цікаву тезу *заразності хабарництва* [1, 1060]. На її обґрунтування він наводить такий приклад. В умовах боротьби за виживання в економіці навіть легка підозра про те, що конкурент може заволодіти якимось дефіцитним економічним ресурсом (наприклад, імпортною квотою) завдяки хабару, змусить підприємця нанести "упереджуючого удару" і дати хабара першим. Тому хабарництво буде поширюватися навіть тоді, коли віру суспільства в добросовісність державних службовців буде принаймні легко похитано. Тому кримінальна відповідальність за законом настає і тоді, коли службовець приймає хабара лише для того, щоб викрити хабародавця [10, 193; 11, 263].

Тлумачення терміну "службова дія". Однією з перших проблем, з якою стикаються правоохоронні органи, — чи можна кваліфікувати оплачувану шляхом хабара "послугу" держслужбовця як службову дію. В німецькому кримінальному праві, на відміну від українського, немає загального визначення, що, наприклад, службова дія — це будь-яка дія, здійснення якої було полегшено завдяки посадовому становищу. Звичайно, від службових дій легко відмежовуються приватні дії, які можуть бути здійснені будь-ким. Труднощі криються в тому, що дія ще не стає службовою, якщо вона стала можливою лише завдяки отриманій на посаді інформації (наприклад, виконання працівником управління архітектури креслень на замовлення) або якщо такі дії були службовцю заборонені (наприклад, проведення працівником поліції приватного розслідування [8, 2260]. Службова дія повинна хоча б приблизно належати до кола повноважень державного службовця (суворі вимоги до протиправної угоди⁴) або принаймні його установи (менш суворі

вимоги до протиправної угоди). Новітня судова практика, на відміну від практики Вищого суду Рейху, ставить менш суворі вимоги до службової дії: достатньо функціонального зв'язку між дією представника влади і компетенцією його установи. Наскільки це полегшує доведення, ми бачимо на прикладі отримання хабара за здійснення службової дії у майбутньому. Суворі вимоги до конкретизації службової дії могли б призвести до неможливості доведення цієї ознаки, бо було б необхідно хоча б приблизно довести, яку саме дію планувалося вчинити. Але завдяки менш суворим вимогам до протиправної угоди достатньо доказів, що планувалося здійснити дію, яка мала відношення до повноважень установи, до якої належав хабарник.

Протиправна службова дія є підставою більш суворої відповідальності за §§ 332, 334. Не кожне правопорушення, вчинене представником влади, вважається протиправною дією. Парадоксом терміну "протиправна службова дія" є те, що протиправні дії до компетенції установи ніколи не належать. Протиправною в контексті §§ 332, 334 вважається дія, яка порушує службові обов'язки винного. При цьому порушення за формулою "зловживання службовими повноваженнями" підпадають під порушення службового обов'язку, а порушення за формулою "зловживання службовим становищем", тобто полегшені завдяки службовому становищу, — ні. Наприклад: під час огляду опалення архітектурний інспектор А. допомагає господині дому Г. в бійці з її підпилим співмешканцем С., бо вона пропонує А. статевий зв'язок. Нанесення С. тілесних ушкоджень — безсумнівно порушення загального, а не службового обов'язку. Якщо ж під час огляду А., наприклад, встановлює, що відсутній прилад сигналізації витоку палива, то порушенням службового обов'язку буде позначка в акті перевірки "прилад наявний" замість "прилад відсутній". Ситуація стає спірною, якщо про відсутність цього приладу А. буде повідомляти постачальнику таких приладів П. або рекомендувати цього по-

стачальника власникам інших будинків. З одного боку, забезпечення конкуренції серед постачальників опалувального обладнання не належить до службових обов'язків інспектора, а з іншого — *інтереси служби* вимагають забезпечення функціонування підконтрольної йому сфери у відповідності з принципами віри і довіри [5, 126-146]. Таким чином, вчені схилиються до ширшого тлумачення терміну "посадові обов'язки" і тим самим до посилення відповідальності за хабарництво.

Зловживання дискреційними повноваженнями. Одним з найзаплатаніших вузлів кваліфікації за ознакою протиправної дії є дія, яку службовець міг вчинити в рамках дискреційних повноважень. Якщо службовець має дискреційні повноваження (тобто має вільний вибір між декількома діями і може вчинити будь-яке на свій вільний розсуд), кожне з можливих рішень в межах таких повноважень за пануючою в ФРН теорією адміністративного права вважається правомірним. Частина вчених заперечувала, що в разі прийняття хабара розсуд не може бути вільним, а знаходиться під впливом отриманої або очікуваної винагороди [3, 105-106; 1, 1055]. Такої думки дотримувався і Вищий суд Рейху. Така одназначна кваліфікація суперечила принципу *in dubio pro reo*, тобто "у разі сумніву — на користь обвинуваченого". Виходило, що в цьому випадку обвинувачення за кваліфікованим складом злочину ґрунтувалося б на припущенні неправомірності. Це не могло не викликати обурення юристів, що обстоювали права людини.

Федеральна судова палата ФРН зайняла більш виважену позицію, яка, однак, породила нові проблеми. Наприклад, у разі отримання хабара **після** використання дискреційних повноважень, вважалось, що хабар на формування волі службовця не вплинув і правильність використання дискреційних повноважень не порушив [3, 110]. В такому разі службовець, який приймає рішення на свій розсуд, знаходиться в кращому становищі, ніж той, що зв'язаний єдиним

можливим варіантом рішення. Наступне прийняття хабара "дискреційним держслужбовцем" завжди кваліфікувалося б за привілейованим складом злочину. І у разі викриття дачі хабара службовець завжди має можливість стверджувати, що хабар є винагородою за дію, вчинену раніше. Однак навіть якщо його пояснення відповідають дійсності, все одно ніхто не мастить колеса, в майбутніх обертах якого немає сенсу! Дача хабара за попередні послуги є декларацією наміру про майбутню "співпрацю". Прийняття наступного дискреційного рішення на користь хабародавця вже буде знаходитися під впливом отриманої винагороди. Мабуть, тому в одному з принципових вироків Федеральна судова палата ФРН вирішила, що "вирішальною є не неправильність застосування дискреційних повноважень⁵ і навіть не намір службовця неправильно їх застосувати, а протиправна домовленість, під час якої службовець демонструє свою продажність" [12, 242]; аналогічні міркування [4, 50].

У такий спосіб ФСП відступила від презумпції неправомірності дискреційного рішення і в водночас уможливила покарання за неправильне застосування дискреційних повноважень за кваліфікованим складом злочину.

Відносно **майбутніх** протиправних дій нам допомагає ч. 3 § 332: склад отримання хабара вважається закінченим з моменту, коли поведінка службовця свідчить про готовність порушити свої службові обов'язки або надати хабару впливу на здійснення дискреційних повноважень. Таким чином, майбутня *протиправна* дія менш за все потребує конкретизації.

Тлумачення терміну "цінності". Предметом хабара в німецькому кримінальному праві вважаються цінності. Щодо цінностей в німецькій кримінально-правовій літературі ведеться давній спір між матеріально-об'єктивною і нематеріально-суб'єктивною теоріями.

Згідно з матеріально-об'єктивною теорією, цінності в розумінні складів хабарництва можуть бути лише матері-

альними, а надання послуг нематеріального характеру не утворює складу злочину; а по-друге, те чи інше благо є цінністю об'єктивно, незалежно від того, як його сприймає особа, що отримує хабара.

Нематеріально-суб'єктивна теорія стверджує, що як хабар повинне кваліфікуватися будь-яке поліпшення матеріального або духовного становища держслужбовця, яке він не має права вимагати ані на підставі закону, ані на підставі договору; а чи є цінністю те, що надав хабародавець, є відносним і залежить від оцінки того, хто отримує хабара.

Критика нематеріально-суб'єктивної теорії наводить комічний приклад: навіть якщо дати представнику влади понюхати квітку, це може бути кваліфіковано як отримання нематеріальної цінності. Цей аргумент видається вдалим, але, за свідченням фахівців, дати хабара у такий спосіб ще ніхто не спробував [2, 1059]. Але навіть запах квітки міг би бути кваліфікований як цінність, якщо він міг би полегшити якусь рідкісну алергічну нежить.

На сьогоднішній день Федеральна судова палата дотримується нематеріально-суб'єктивної теорії. Проф. Ю. Бауман [2, 1059] аргументував її в 1961 році.

Можливість нематеріальної цінності. В редакції до 1.1.1975 року §§ 331-334 визначали предмет хабара висловом "подарунок або інші цінності". Аргументація за аналогією "якщо подарунок може бути тільки матеріальним, то й інші цінності — також тільки матеріальними" відхилялася як занадто нелогічна. Переконавав, навпаки, висновок *a contrario*: якщо термін "подарунок" охоплює лише матеріальні цінності, то терміном "інша винагорода" повинні охоплюватись всі інші цінності, які ставлять представника влади в ліпше становище, а отже, і нематеріальні.

Суб'єктивність оцінки не є прерогативою лише нематеріальної цінності. Матеріальні цінності також слід оцінювати в залежності від адресата. Класичним прикладом відносності цінності

е... вагон гною. Він може мати цінність для особи, що займається сільським господарством, і буде лише обтяжливим сміттям, якщо особа такої діяльності не веде. Орден Республіки, яким нагороджено переконаного монархіста, може розцінюватися лише як виклик. І, на-решті, приклад, який остаточно доводить відносність цінностей: публікація чиєїсь карикатури в журналі "Шпігель" може бути сприйнята як образа, а може — навпаки, як задоволення пихи та марнославства. Таким чином, нематеріально-суб'єктивна теорія стверджує, що цінностей "для будь-кого" не існує [2, 1060]. Якщо звузити поняття цінності лише до матеріальної цінності, це призведе не до одноманітності судової практики, а навпаки, лише до свавілля у відмежуванні матеріального від нематеріального.

В останній час суди схиляються до того, що зв'язок хабарника з отримувачем цінностей доводити не потрібно. Ознака "отримання" буде виконана навіть у разі спрямування цінностей до авторитетної благодійної організації на кшталт Червоного Хреста [1, 1049]. Визначальним є те, що виконання службової дії ставиться в залежність від такого спрямування цінностей.

"Протиправна угода". Необхідною ознакою всіх складів хабарництва є так звана (в цивільно-правовому розумінні недійсна) *протиправна угода*⁷. Отримання цінностей і виконання службової дії повинні знаходитися у відношенні *"do ut des"*⁸, тобто "я даю, аби ти дав". Такий зв'язок може впливати не тільки з співвідношення отримання винагороди і вчинення службової дії в часі ("вранці — гроші, ввечері — стільці"), а й з поведінки учасників. Наприклад: А. займає відповідальний пост в міністерстві оборони. Від нього залежить укладення договору про поставку озброєнь державі на мільйонну суму. А. надає обґрунтовану перевагу підприємству-постачальнику П. (найкраще співвідношення ціни й якості). Директор цього підприємства Б. запрошує А. на відпустку до своєї вілли на Майорці. Після багаторазових наполегливих запрошень А. погоджується. Дії А. були

кваліфіковані як незаконне отримання цінностей (§ 331 КК ФРН). Для А. було зрозуміло, що запрошення Б. є формою подяки за укладення контракту.

Дотримання протиправної угоди для кваліфікації неістотне. Склад злочину допускає "погодження на отримання цінностей", тобто кримінальна відповідальність настає незалежно від того, чи виконав хабародавець свою пропозицію⁹: достатньо, щоб службовець на неї *погодився*. Для кваліфікації також не має значення, чи була виконана службова дія. Більш того, не має значення, чи було вчинення службової дії можливим [3, 110] і чи мав службовець намір її виконувати [11, 263]. Але якщо службовець не збирався виконувати протиправну угоду, виникають проблеми. Найбільш відомим прикладом є наступна справа [13, 300]: На прохання свого знайомого Б. прокурор А. розпитав у поліції про можливість повернення останньому вилученого посвідчення водія. В поліції прокурору А. відповіли, що Б. може забрати своє посвідчення. Б. передав ці слова А., додавши від себе, що він "все влаштував" і що "справа коштує 300 марок". Федеральна судова палата ФРН кваліфікувала дії А. як шахрайство. Цей вирок був підданий в літературі суворій критиці [4, 48; 1, 1051]. Хоча, за словами проф. Г. Арцта, "ФСП формально має рацію" [1, 1051], бо службову дію не було ані здійснено прокурором попередньо, ані заплановано на майбутнє, йдеться не про шахрайство, а про приховане вимагання хабара. Б. розумів, що якщо А. "підмастив колеса правосуддя", то він може і "вставити в них палки", якщо не піти на його умови.

Таким чином, вирішальним елементом для кваліфікації отримання і дачі хабара є домовленість, згідно з якою хабарник висловлює готовність виконати правомірну або протиправну дію по службі, а хабародавець — винагородити ці дії.

Проблеми співучасті. Логіка породжує проблему, до якої не може призвести здоровий глузд. З поділу складів хабарництва на активне і пасивне для німецької юриспруденції ще

не впливає, що дії хабародавця повинні кваліфікуватися тільки за параграфом "дача хабара". З визначення підмовництва випливає, що він є особою, яка схилила хабарника до отримання хабара. І навпаки, у разі вимоги хабара хабарник є особою, яка схилила хабародавця до дачі хабара. Для подолання такого "перехресного" підмовництва в німецькому правознавстві було створено так звану *теорію двох таборів*. Учасники злочинів, що входять у групу хабарництва, поділяються за цією теорією на два табори: службовці та інші громадяни. Згідно з цією теорією співучасть у формі підмовництва можлива лише з особами, що вчинили злочин "одного" табору. Наприклад, якщо хабарника А. і хабародавця Б. спільно підмовили до скоєння злочину їх жінки, то дії жінки А будуть кваліфікуватися лише як підмовництво А, а дії щодо підмовництва Б не будуть братися до уваги. Такий висновок також критикується [1, 1057].

Таким чином, незважаючи на певну спільність ознак складів хабарництва в німецькому і українському праві, ми бачимо великі розбіжності щодо глибини їх аналізу (наприклад, стосовно визначення протиправності службової дії) і щодо кримінально-політичної оцінки тих чи інших ознак (наприклад, ролі виконання протиправної домовленості в українському праві). Але за винятком явної поміркованості кваліфікації за ознакою протиправної службової дії, що безумовно пояснюється суворішою відповідальністю, яку тягне за собою така кваліфікація, німецьке право криміналізує хабарництво значно категоричніше, залишаючи набагато менше можливостей для незаконного збагачення. Однак не слід поспішати з висновком, чиє кримінальне право є кращим, бо кожна держава створює норми, більш прийнятні для себе.

Література та судова практика

1. Arzt Gunther, Weber Ulrich. *Strafrecht. Besonderer Teil.* — Bielefeld: Giesecking, 2000. — 1120 s.
2. Baumann Jurgen. *Zur Problematik der*

Bestechungstatbestande. //Betriebsberater. — 1961. — S. 1058-1067.

3. Fuhrmann H. *Einzelfragen zu der Rechtsprechung uber den "Ermessensbeamten"* //Golddammer's Archiv fur Straf- und Strafprozeßrecht. — 1959. — S. 105-111.

4. Geppert Klaus. *Amtsdelikte // Juristische Ausbildung.* — 1981. — S. 42-51.

5. Hafelin Ulrich, Muller Georg. *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts.* — Zurich: Schulthess, 1998. — 3. Aufl. — XLVII, 562 s.

6. Lackner Karl. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen.* — Munchen: Beck, 1993. — 20. Aufl. — 1678 s.

7. Loos Fritz. *Zum "Rechtsgut" der Bestechungsdelikte.* //Festschrift fur Hans Welzel zum 70. Geburtstag. — Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1974. — S. 879-895.

8. Schonke Adolf, Schroder Horst. — *Strafgesetzbuch.* — Munchen: Beck, 1997. — 25. Aufl. — XXVIII, 2388 s.

9. Schroder Horst. *Rechtsgut der Amtsdelikte und Bestechlichkeit des Ermessensbeamten* // Golddammer's Archiv fur Straf- und Strafprozeßrecht. — 1961. — S. 289 — 298.

10. Вирок Вищого суду Рейху. RGSt 39. S. 193.

11. Вирок Вищого суду Рейху. RGSt 58. S. 263.

12. Вирок Федеральної судової палати. BGHSt 15, S. 239. S. 242.

13. Вирок Федеральної судової палати. BGHSt 29. S. 300.

Примітки

1. Цитується за оригіналом. Тут і далі - переклад автора статті.

2. До реформи кримінального кодексу 1974 року панувала протилежна точка зору [2, 1057; 4, 48].

3. Мається на увазі, що службовій дії не передував ані хабар, ані домовленість про наступне його отримання.

4. Див. проблему протиправної угоди.

5. На відміну від українського права!

6. Що є аналогом вислову "протиправність" стосовно звичайних повноважень.

7. Виняток становить вимога хабара,

яка є "офертою" до укладення протиправної угоди.

8. Підлабузництво з метою встановлення "добрих стосунків", надання вигід, які не ставляться в чітку залежність від службової дії, як і в українському праві, не становлять складу злочину.

9. Українське право, навпаки, ставить відповідальність в залежність від виконання "протиправної угоди" хабародавцем: незважаючи на вже порушений об'єкт (репутація державної влади), воно дає учасникам "ще один шанс" відмовитися від злочинного наміру.

Д. И. Крупко

Одесский национальный университет,
кафедра уголовно-правовых дисциплин и судебно-правоохранительных органов,
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ ВЗЯТОЧНИЧЕСТВА В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ ФРГ

РЕЗЮМЕ

Составы взяточничества в украинском и немецком уголовном праве имеют много общих признаков. Однако, несмотря на это, между нашими правовыми системами существуют серьезные различия относительно глубины анализа этих признаков и их уголовно-политической оценки. Эти различия имеют определенную направленность: за исключением выраженной сдержанности квалификации по признаку противоправного служебного действия, немецкое право криминализует значительно более широкий круг деяний, оставляя намного меньше возможностей для незаконного обогащения.