

Навчально-наукова лабораторія дослідження
проблем службового права

Національної академії правових наук України

Юридичний факультет Запорізького
національного університету



О. О. Дудоров, Т. О. Коломоєць,
С. М. Кушнір, О. Л. Макаренко

**ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ,
АДМІНІСТРАТИВНО- ТА
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ОСНОВИ
КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ
РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

Монографія

PJA17 0117U007203

CORRUPTION PREVENTION ACT OF UKRAINE:

scientific and methodological justification of ensuring the effectiveness
and efficiency of provisions implementation,

Law Faculty of Zaporizhzhya National University,
Zaporizhzhia, Ukraine

2019

УДК 342.951:328.185(477)
3 - 14

Рекомендовано до друку Вченою радою
Запорізького національного університету
(протокол № 5 від 19.02.2019 р.)

Авторський колектив:

Макаренко О. Л. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри історії і теорії держави та права Запорізького національного університету (Розділ I).

Коломоєць Т. О. – доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, член-кореспондент НАПрН України, декан юридичного факультету Запорізького національного університету (Розділ II).

Кушнір С. М. – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри конституційного та трудового права Запорізького національного університету (Розділ II).

Дудоров О. О. – доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем попередження, припинення та розслідування злочинів територіальними органами Національної поліції України Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, професор кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету (Розділ III).

Рецензенти:

Приймаченко Д. В. – проректор з наукової роботи Університету митної справи та фінансів України, доктор юридичних наук, професор.

Лученко Д. В. – професор кафедри адміністративного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, доцент.

3 - 14 О. О. Дудоров, Т. О. Коломоєць, С. М. Кушнір, О. Л. Макаренко. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. 476 с.

ISBN 978-966-916-766-8

У колективній монографії висвітлюються загальнотеоретичні, адміністративно-правові та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні, виділяються проблемні питання розмежування протиправних діянь, їх кваліфікації, основні проблеми правозастосування, шляхи їх вирішення, формування наукового базису для оновлення антикорупційного законодавства України.

Для науковців, практичних працівників, викладачів і студентів, широкого кола читачів.

УДК 342.951:328.185(477)

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ	6
ВСТУП	7
РОЗДІЛ I	
СОЦІАЛЬНІ ПЕРЕДУМОВИ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ В СФЕРІ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА	9
1.1. Духовно-культурні передумови публічно-правових трансформацій	9
1.1.1. Політичні та інші соціально-правові умови реалізації антикорупційних реформ в сфері публічного права	23
1.2. Правові засади трансформацій та ефективності застосування антикорупційного законодавства	35
1.2.1. Природно-правові інтерпретації антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства	35
1.2.2. Юридично-позитивістський підхід до осмислення реалій антикорупційних: на прикладі організації вітчизняних судів та правоохоронних органів	47
1.2.3. Когнітивний потенціал семасіологічного інструментарію у процесах антикорупційних трансформацій публічного права	53
1.3. Незалежність, доброчесність та інші елементи ефективних антикорупційних трансформацій публічного права: на прикладі правоохоронної діяльності та роботи судів	69
1.3.1. Незалежність спеціального антикорупційного правоохоронного органу	69
1.3.2. Роль поліції у реалізації антикорупційних реформ	74
1.3.3. Вплив вихідних принципів права відкритого суспільства на роботу судів як елемент забезпечення результативності антикорупційної боротьби	86

РОЗДІЛ II.

«АНТИКОРУПЦІЙНІ» ОБМЕЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЙНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОРУПЦІЄЮ: ВИДИ, ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАПОБІГАННЯ ВЧИНЕННЮ	123
--	------------

2.1. Особи, на яких поширюються обмеження, пов'язані із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування	124
--	------------

2.1.1. Особи, на яких поширюються обмеження щодо одержання подарунків	124
--	------------

2.1.2. Особи, на яких поширюються обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування	127
---	------------

2.1.3. Особи, на яких поширюються обмеження щодо суміщення та сумісництва із діяльністю, пов'язаною із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування	128
---	------------

2.1.4. Особи, щодо яких поширюється обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища	130
--	------------

2.1.5. Особи, на яких поширюються обмеження спільної роботи близьких осіб	131
--	------------

2.2. Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування	133
---	------------

2.3. Обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування	166
--	------------

2.4. Обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності	179
--	------------

2.5. Обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища	193
--	------------

2.6. Обмеження спільної роботи близьких осіб	195
РОЗДІЛ III	
ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО	
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ	208
3.1. Співвідношення понять «корупційний злочин» і «корупційне правопорушення»	213
3.2. Суб'єктний склад корупційних злочинів: дискусійні аспекти	243
3.3. Пропозиція, обіцянка, вимагання неправомірної вигоди та прохання надати таку вигоду як форми корупційної поведінки	287
3.4. Об'єктивна сторона складів корупційних злочинів: проблеми кваліфікації та вдосконалення Кримінального кодексу України	321
3.5. Кримінально-праве заохочення як альтернативний варіант реагування на вчинення корупційних злочинів	401
3.6. Кримінально-правова заборона щодо незаконного збагачення як одне з найбільш контрверсійних положень антикорупційного законодавства України	418
ВИСНОВКИ	473

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

ВВП – валовий внутрішній продукт;
ВККСУ – Вища кваліфікаційна комісія суддів України;
ВСУ – Верховний суд України;
ВРП – Вища рада правосуддя;
ДБР – Державне бюро розслідувань;
ЗМІ – засоби масової інформації;
ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини;
КДКП – Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокуратури;
КУК – Кримінальний кодекс України;
КМУ – Кабінет Міністрів України;
КСУ – Конституційний Суд України;
МВС – Міністерство внутрішніх справ;
НАБУ – Національне антикорупційне бюро України;
НАЗК – Національне агентство запобігання корупції;
НАПрН – Національна академія правових наук України;
ООН – Організація Об'єднаних Націй;
ПЕК – паливно-енергетичний комплекс;
САП – Спеціалізована антикорупційна прокуратура;
СБУ – Служба безпеки України;
ФРН – Федеративна Республіка Німеччина;
СРІ – Corruption perception index;
УЗКПЛ – Управління запобігання корупції та проведення люстрації.

ВСТУП

Як слушно підкреслив видатний мислитель сучасності, що немає важливішого, складнішого і небезпечнішого завдання у політики свободи на початку XXI століття, ніж дати шанси на успішне життя якомога більшій кількості людей у всьому світі. В цьому зв'язку збільшується роль усієї системи правових гарантій свободи особистості та колективу людей, які є пріоритетним інститутом у системі публічного права держави і виступають однією з ключових елементів правового статусу людини. Серед таких гарантій права на вільне від корупції суспільство та державу, добросовісне співіснування. Справедливий розподіл матеріальних і духовних благ тощо. У цьому зв'язку максимально ефективну та результативну реалізацію положень Закону України «Про запобігання корупції» важко переоцінити. Антикорупційні трансформації публічного права відкритого суспільства актуальні для усіх країн, що демонструють перманентний соціальний прогрес. Перетворення цієї частини правової системи спрямовані на попередження і/або припинення у професійній діяльності виборних і призначуваних посадових осіб органів публічної влади корупційної поведінки, найбільш поширеними проявами якої стають: конфлікт інтересів, насамперед суміщення роботи в органах публічної влади, політичної діяльності з підприємницькою діяльністю; неправомірне збагачення, підкуп цих осіб, здійснення тиску на них або на бізнес, з метою ухвалення певних рішень або переходу права власності на активи до іншої особи; незаконне лобювання інтересів окремих осіб або бізнес-структур; інше використання своїх публічно-правових повноважень в особистих інтересах.

Рухаючись у мисленні від абстрактного до конкретного, у дослідженні наразі розкрито різноманітні передумови

корупції, феноменологічні основи відповідного поняттєвого апарату та основних суб'єктів протидії цьому явищу. Методи дослідження базуються на використанні інструментального потенціалу діалектичної та формальної логіки, антропологічного, лінгвістичного, формально-догматичного і порівняльно-правового аналізу, системно-функціонального і структурно-функціонального та інших методів. Загальнонаукові методи використано в межах системного підходу до інтерпретації антикорупційного законодавства, положень суміжних галузей права і практики їхнього правозастосування; системно-структурного (інституціонального) підходу вивчення суб'єктів, на яких поширюються дія антикорупційних норм, як сталих інститутів, що беруть участь в організації і регулюванні життя суспільства, покликані забезпечити відтворення і розвиток людини, її спільнот; аксіологічного підходу, який уможливив зважування правил та їхніх інтерпретацій, релевантних їм подій суспільного життя з позиції загальнолюдських та інших національних цінностей. Застосовано також соціологічний методологічний підхід, а саме: метод соціологічного аналізу на підставі вивчення результатів анкетування й інтерв'ювання посадових осіб органів публічної влади та пересічних громадян України.

РОЗДІЛ I

СОЦІАЛЬНІ ПЕРЕДУМОВИ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ В СФЕРІ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

1.1. Духовно-культурні передумови публічно-правових трансформацій

Обговорення питань вдосконалення як процедур, так й структур здійснення правосуддя і правоохоронної діяльності характеризується перманентністю, контроверсійністю, політизацією права та іншими суміжними ознаками. Для України дискурс суди і правоохоронні органи / органи правопорядку як важливий елемент стійкого розвитку суспільства і людини актуалізувався поетапно, виявляючи стійку тенденцію руху від руйнації національної держави до створення міцної правової основи національного відродження. У практичній площині трансформації суди і правоохоронні органи отримували наповнення у вигляді нових законів та інших нормативно-правових актів чи дії застарілих норм права, що були наслідком запеклої політичної боротьби і стагнації. Усе це також характеризувалося суттєвим впливом великих підприємців, корумпованих політиків, відображенням їхніх інтересів у профільних правових актах. Наразі процеси позбавлення від застарілих норм права, у яких механізми переслідування і утискання суб'єктів права домінують над інститутами профілактики, охорони, захисту і відновлення порушених прав осіб, та імплементації до законодавства позитивно-перспективних правил організації та

функціонування судів і правоохоронних органів, у т. ч. з прийнятого досвіду зарубіжних країн, триває.

Останніми роками (з 2014 р.) спостерігаємо ухвалення давно розроблених і нових правових актах в сфері правосуддя та правоохоронної діяльності. Їхній зміст та структура уніфіковані, зокрема за стандартним набором у кожному законі правових принципів як вихідних ідей організації та діяльності судів і правоохоронних органів. У ЄС стандартизація в роботі таких органів відбувалася на базі відображення у правових актах та реального впровадження у судові і правоохоронні практики правових ідей, а саме: верховенства закону, деполітизації, демілітаризації, децентралізації, підзвітності та прозорості у роботі, тісної співпраці з населенням та місцевими громадами, професійної підготовки персоналу¹.

Формулювання у законах України правових засад діяльності судів і правоохоронних органів ілюструє бажання парламенту як уніфікувати та деталізувати ці засади, так і закласти тенденцію до посилення дії духовно-культурних чинників у свідомості працівників цих органів під час оцінок і корегування своїх діянь на предмет їхньої відповідності принципам права, у т. ч. недопущення корупції. Утім, у вигляді принципу «попередження / недопущення корупції» дотепер не сформульовані у жодному профільному законі з питань судів і правоохоронних органів. Тільки на рівні спеціального закону «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII правила для попередження корупції вписані, водночас відповідного принципу права також не визначено. У порівнянні з виписуванням законодавцем у кожному новому профільному законі по судах і правоохоронних органах окремих деталей ідеї верховенства права, логіка із замовчуванням на рівні цих законів ідеї недопущення корупції відсутня. За ст. 8 Конституції

¹ Хабарова Т. В. *Адміністративно-процесуальні засади запобігання корупції в Україні: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. С. 10-12.*

України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права», якщо ця ідея визнається і діє з 1996 р., тоді питання про підстави і доцільність повторення цього принципу у кожному із зазначених вище законі не виправдано. У будь-якому випадку, це непослідовна законодавча техніка і правова політика. Адже якщо обираємо шлях повторення того, що вже зафіксовано для всіх, ще спеціально і окремо для кожного, що, звісно, ефективності не додає, тоді виникає питання про те, яким же чином інтерпретується законодавцем така ознака права як «загальність». А у прикладному вимірі досліджуваної проблеми очевидно стають законодавчі прогалини, а саме: у профільному законі про запобігання корупції ідея недопущення корупції присутня, хоча і не визначена, а у профільних законах про суди і правоохоронні органи така ідея жодним чином навіть не вписана, не те що визначена як принцип організації і/або діяльності. Гостроти проблеми, у вигляді нерозуміння і/або спрощеного розуміння вимірів і дії принципу верховенства права більшістю працівників судів і правоохоронних органів, додає те, що парламент не наголосив у законі про недопущення корупції як одній з фундаментальних передумов дії ідеї верховенства права. Зміст цієї вихідної ідеї для правозастосовників описано тільки у вигляді положень про цінність людини, її прав та свобод, що визначає спрямованість діяльності держави; а також через акцентування уваги на необхідності застосування практики Європейського суду з прав людини. Тобто по факту верховенство права визначено через абстракції не менш високого порядку, без посилення на небезпеку корупції, без акцентів у текстах законів на механізми перманентного підтримання адекватного розуміння змісту цієї ідеї та відображення цього у професійній діяльності судів і правоохоронних органів. Досягнення цієї мети в сукупності з природою зазначеної ідеї орієнтує на

необхідність поглиблення духовно-культурних вимірів душі та інтелекту працівників зазначених органів, на потребу у коштах для цього, на важливість врахування проблеми корупції під час практичних кроків з реалізації принципу верховенства права та його складових. Інакше, як влучно зауважила Т. Хабарова: «наслідки спричинені корупцією нищать духовні та моральні цінності, знижують авторитет України у відносинах з іншими, більш розвиненими та менш корумпованими країнами Європи та світу, а також пропагують протиправний спосіб життя»².

Надмірна кількість кризових явищ в усіх сферах суспільного життя, поширення корупції засвідчують складний і суперечливий характер реформ. Можна погодитися з деякими дослідниками, які стверджують, що чинниками цього є нехтування владою ідеологічними питаннями та духовними процесами у суспільстві³. Культура містить систему цінностей та норм, які впливають на формування індивідуальної, групової та суспільної свідомості⁴. Ухвалені парламентом від початку часто кон'юнктурні (політизовані) правила для судів і правоохоронних органів, перш за все для системи кримінальної юстиції, виключають на рівні правотворення вільну дію принципу гуманізму – спрямованості змісту правових актів на забезпечення прав і свобод людини та громадянина, на максимально можливе задоволення її духовних і матеріальних потреб, через адекватні умовам соціального прогресу формулювання загальнолюдських цінностей, природних прав людини, створення гарантій, умов і

² Хабарова Т. В. Адміністративно-процесуальні засади запобігання корупції в Україні: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. С. 22.

³ Запобігання та протидія корупції : навч. посіб. / А. М. Михненко, О. В. Руснак, А. М. Мудров та ін. ; за ред. А. М. Михненка. 4-те вид., переробл. й доповн. К. : ДНУ «Акад. фін. управління», 2013. С. 26.

⁴ Бабиніна К. С. Кримінальне право України в православному вимірі (стан, динаміка та перспективи): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Одеса. С. 8.

механізмів їх реалізації⁵, актуалізують проблеми професіональності парламентарів.

Наявний рівень якості відповідного законодавства означає, що відповідальність судів і правоохоронних органів зростає пропорційно безвідповідальності народних депутатів, які ухвалили неякісні закони та інші правові акти. Етика відповідальності узгоджується з етикою ненасилля, яка пропагує ідеї толерантності, акцентуючи увагу на важливості вироблення взаємної терпимості цивілізацій, культур, націй та соціальних груп⁶, що можливо тільки в умовах чесності, некорумпованості. Духовність і культура стають єдиними передумовами належного розуміння правил інтерпретації та застосування законодавства під час відправлення правосуддя судами і застосування примусу правоохоронними органами. І правовий стан дотримання принципів права, у т. ч. ідеї недопущення корупції, за таких умов стає надто тривким і непевним. Як слушно зауважив Є. Невмержицький, запобігання та протидія корупції вимагає глибокого духовного осмислення цього феномену, вивільнення від формально-юридичного розуміння цього негативного явища, адже його підґрунтя сягає глибинних соціальних, політичних та економічних процесів, характерних для українського суспільства⁷. Наголошено також, що структура кримінальної юстиції не повністю відповідає поставленим завданням по боротьбі зі злочинністю. Правоохоронні органи, створені як механізм переслідувань і репресій, не були трансформовані в інститут захисту і відновлення порушених прав осіб. Існуюча модель правоохоронної системи характеризується високим рівнем

⁵ Ковальський В. С., Козінцев І. П. Правотворчість : теоретичні та логічні засади. К. : Юрінком Інтер, 2005. С. 17.

⁶ Харченко Л. М. Духовність як вимір сучасного життя людини : соціально-філософський аналіз. *Наукові записки НАУКМА, Теорія та історія культури*. 2013. Т. 140. С. 23.

⁷ Невмержицький Є. В. Проблеми удосконалення антикорупційних механізмів. *Наукові записки ШІЕНД ім. І.Ф. Кураса НАН України*. 2012. № 4. С. 154-156.

корупції та надто низькою довірою з боку населення. Чинна модель системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів стає: а) наслідком приватного прояву масової культури, що нав'язує надто небезпечні для несталої української демократії цінності культу грошей, насильства, наркоманії, релігійної експансії⁸; б) результатом культивування спожи-вацьких інтересів і настроїв у громадян; в) живильним серед-овищем для високолатентної корупції і злочинності, джере-лом авторитарних тенденцій⁹, блокування розвитку в умовах відкритості соціальному прогресові.

Духовність являє собою іманентну характеристику особи-стості, присутню у всіх відношеннях «людина – світ». Рівень знань, освіченість, етико-моральна система співвідношень людини як особистості та її ставлення до соціальної реаль-ності виникає на основі знань відповідного рівня розвитку інтелекту. Цей рівень є вищим проявом людської сутності і залежить від конкретного етапу історичного розвитку та осмислення навколишньої дійсності у межах суб'єктивної свідомості¹⁰. У контексті проблеми протидії корупції засоби поглиблення духовності працівників судів і правоохорон-них органів більшою мірою стосуються розвитку їхнього інтелекту як форми прояву духовності. Водночас естетичний (художньо-творчий) вимір духу в сфері правосуддя і право-охоронної діяльності спеціально не розвивається. Хоча він також стає передумовою попередження корупційних про-явів, адже тривале сприйняття прекрасного у мистецтві ubez-печує від потворного як у свідомості, так й у житті.

⁸ Запобігання та протидія корупції : навч. посіб. / А. М. Михненко, О. В. Руснак, А. М. Мудров та ін. ; за ред. А. М. Михненка. 4-те вид., переробл. й доповн. К. : ДННУ «Акад. фін. управління», 2013. С. 24.

⁹ Маркеєва О., Котелянець О., Іжак О. Український досвід реформування криміналь-ного правосуддя та правоохоронних органів: аналітична доповідь. К.: НІСД, 2011. С. 4.

¹⁰ Харченко Л. М. Духовність як вимір сучасного життя людини : соціально-філософський аналіз. *Наукові записки НаУКМА, Теорія та історія культури*. 2013. Т. 140. С. 23-24.

Духовно-культурна основа визначає правоосмислювальний добродесний / антикорупційний потенціал правозастосовника, у т. ч. для представників судів і правоохоронних органів. Ці підвалини дозволяють врахувати усі ознаки (системність, загальнообов'язковість, нормативність, формальна визначеність, встановлення і гарантування державою та ін.) і якості (антропо- і соціовимірність, динамічність, верховенство, справедливість, перманентну відкритість соціальному прогресу, гуманізм, добродесність / антикорупційність та ін.) права. У цьому зв'язку доречним став висновок М. Козюбри, що першою умовою цілісності, системної єдності (лат. *cohaerens* – «той, який перебуває у зв'язках, взаємозв'язках») юридичної, у т. ч. судової, аргументації є розуміння самого права як багатоаспектної цілісності, що існує в різних проявах і формах, основні з яких тісно пов'язані зі здобутками концепцій природного права, юридичного позитивізму та соціологічної юриспруденції. Добродесне відбиття норм права у свідомості судді і правоохоронця найбільшим чином живиться з вчень доктрини природного права, відповідно до якої головний акцент зроблено на праві як духовному феномені – ідеалах справедливості, індивідуальної свободи, рівності, невідчужуваних правах людини та інших гуманістичних цінностях, тобто на відправних світоглядних засадах права, без яких воно просто немислиме. У диспозиції з теорією юридичного позитивізму, зазначені правозастосовними зосереджують увагу тільки на встановлених нормативно-інституційних аспектах права, без яких такі його властивості, як визначеність, передбачуваність, упорядкованість, гарантованість, стабільність недосяжні. Знімає проблеми крайнощів – невинуватеного юридичного лібералізму та позитивізму – композиція цих двох підходів у межах інтегративної теорії праворозуміння, яка у т. ч. абсорбує переваги концепції соціологічної юриспруденції та її варіантів (у т. ч. школи

правового реалізму), які зміщують акценти з абстрактних ідеалів і нормативних текстів у площину конкретного, динамічного функціонування права, його дії в реальному житті, насамперед у правовідносинах і юридичних рішеннях, без чого ідеали і юридичні тексти перетворюються на декларації, які не мають прямого відношення до права¹¹.

За слушною думкою С. Погребняка, принцип являє собою основні, основоположні, засадничі, фундаментальні, вихідні, загальні, керівні, відправні, провідні, чільні ідеї, положення, вимоги¹². Правові ідеї ... спочатку перебувають в юридичній матерії, що виражена у законах, ... як самої суті, центральної ланки юридичної організації (внутрішньої форми) правового матеріалу – свого роду «стрижня» юридичних конструкцій»¹³. Саме на рівні цих ідей відбувається первинне поєднання абстрактних сутностей духовної культури і права у сфері попередження корупції під час трансформацій законодавства про правосуддя та правоохоронну діяльність. Серед таких фундаментальних правових принципів, які виникають та діють у свідомості парламентарів, суддів і правоохоронців у вигляді духовно-культурних ідей, цінностей, переконань та готовності їх застосовувати, виокремлюємо такі засади:

1) добро – чеснота, благо, поняття якого має найбільшу частку оцінності; досконалість предмету, думки, рішення, діяння поєднані з емоційним схваленням цінності добра, корисності, чемності, відповідності своєму призначенню, виправлення недоліків закону, його справедливе й однаково рівне (*aequitas*) застосування; ознака правосудності судових рішень як результату досконалої належності, довершеності співвіднесення інтересів;

¹¹ Харченко Л. М. Духовність як вимір сучасного життя людини : соціально-філософський аналіз. *Наукові записки НаУКМА, Теорія та історія культури*. 2013. Т. 140. С. 23-24.

¹² Погребняк С. П. *Основоположні принципи права: (змістовна характеристика) : монографія*. Харків : Право, 2008. С. 24.

¹³ Алексеев С. С. *Восхождение к праву. Поиски и решения*. М. : Норма, 2011. С. 311.

2) відвертість / щирість / чесність – чеснота, яка характеризує здатність людини виражати свої істинно справжні думки та діяти відповідно до них, відкрито та щиро спілкуватися й будувати відносини з людьми; сила / вияв перманентної вірності до інших; невідкупність і тісні зв'язки з жертовністю; ознака порядності, відповідальності та основа довіри;

3) довіра – ставлення до кого-небудь, що виникає на основі віри в чийсь правоту, чесність, щирість і т. ін.¹⁴; соціальна впевненість у надійності об'єкта, що ґрунтується на уявленні або знанні про нього і пов'язана зі здатністю передбачати, прогнозувати і/або впливати на дії цього об'єкта, контролювати його діяльність, за результатами уявлень, які формуються на основі досвіду взаємодії з ним, а також у процесі комунікації, коли інформація про об'єкт транслюється безпосередньо іншими людьми або опосередковано через ЗМІ, книги, фільми тощо. Довіра базується на синтезі власного та групового досвіду уявлень про об'єкт і пов'язана з певними очікуваннями відносно нього¹⁵;

4) совість – найвища форма здатності особистості до морального самоконтролю і самоусвідомлення¹⁶; формальна суб'єктивність, тісно пов'язана з почуттями обов'язку, сорому, мотиву, честі й гідності. Це також усвідомлення суддею/правоохоронцем повноти та інших параметрів належного виконання своїх зобов'язань або реалізації всіх своїх можливостей в конкретній ситуації; відчуття/інстинкт етичного самозбереження¹⁷;

5) об'єктивність – застосування права, яке об'єктивоване прогресивною культурою суспільства, що ґрунтується

¹⁴ Новий тлумачний словник української мови / уклад. В. Яременко, О.Т. Сліпущко. Т. 1: А-С. К. : Вид-во «Аконіт», 1998. С. 790.

¹⁵ Енциклопедія Сучасної України / НАН України; І. М. Дзіба (ред.). Т. 8: Дл-Дя. К. : Держ. ГПРВО, 2008. С. 190.

¹⁶ Васильєва Т. В. Афинская школа философии. Философский язык Платона и Аристотеля (Сер. «Из истории мировой культуры»). М. : Наука, 1985. С. 46.

¹⁷ Шрейдер Ю. А. Равенство, сходство, порядок. М. : Наука, 1971. С. 191.

дотриманні загальнолюдських цінностей, незалежно від їх суб'єктивних інтерпретацій; маркер відсутності упередженості та латентної корупції;

6) сумлінність / добросовісність / попередження корупції – суб'єктивний стан особи при здійсненні юридичних актів, його необізнаність про обставини, що порочать зовнішню чи внутрішню правомірність акту і можуть змусити чесну у юридичному сенсі людину відмовитися від його здійснення, незважаючи на відсутність формальних до того перешкод¹⁸; тісно пов'язані з вірністю, чесністю, дбайливістю, точністю, сумлінністю, уважністю, ретельністю, справністю, скрупулезністю (від лат. scrupulosus «кам'янистий», малий гострий камінчик, крихта, крупиця, часточка), старанністю;

7) доброчесність / недопущення корупції:

а) в антикорупційному сенсі публічного сектору суспільного життя – відсутність обману посадових осіб органів публічної влади щодо джерел свого збагачення (доходів) і відносно їхніх неправомірних діянь;

8) професіональність – якісно-ціннісний комплекс поєднання глибоких різносторонніх знань, умінь, професійних управлінських та інших навиків, практичного досвіду, загальнолюдської культури, що відображає ступінь самоорганізації особи, рівень її професійної діяльності, забезпечує ефективність, у даному випадку судів і правоохоронних органів, та сприяє зростанню її авторитету¹⁹; якість, зокрема посадових осіб органів публічної влади, що забезпечує за інших рівних умов результативність та ефективність об'єктивно обумовленої професійної діяльності, спирається на історичні традиції, прогресивні правові цінності, організаційно-виконавчі засади суспільства та його інституцій;

¹⁸ Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона / Том ХА (20). Десмургия – Домициан. СПб.: Брокгауз – Ефрон, 1890-1907. С. 203.

¹⁹ Кікіньова К. О. Професіоналізація як процес підвищення ефективності державної служби у контексті європейських стандартів. *Державне будівництво*. 2008. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2008_2_52 С. 68.

9) наступництво – отримання від попередніх поколінь механізмів підтримання відкритості суспільств до соціального прогресу та усвідомлення суті цих механізмів на належному рівні, у т. ч. через відмову від тих ідеалів, засад, звичок і звичаїв, вікових переказів, з якими неможливо пов'язати поступальний рух вперед, на основі яких не складаються передові побутові основи життя. У сукупності врахування цих духовно-культурних вимірів правових принципів попередження корупції у парадигмі реформування правосуддя та правоохоронної діяльності сприятиме дотриманню тенденцій антропо- і соціовимірності права, а також утвердження верховенства права (ідей рівності, справедливості, законності та ін.).

Духовно-культурні основи вищехарактеризованих правових принципів суть статичної основи для антикорупційних процесів перетворення публічного права в умовах розбудови відкритого суспільства. Темпоральною складовою такого реформування стає ідея перманентності, що характеризує динамічність цієї основи – його безперервного існування в часі та врахування, за рахунок відкритості права і держави, прогресивних змін в інших сферах суспільного життя. Більше цього, дотримання загальних принципів статичної основи правових перетворень в окресленій сфері, зумовлює динаміку змін. Прикладне значення принципу перманентності правових перетворень з попередження корупції у парадигмі реформування правосуддя та правоохоронної діяльності виражається у виокремленні етапів цього реформування. Ключовими критеріями для цього стали ті загальні сутнісні зміни вітчизняних реалій права (у т. ч. моралі), політики, економіки, духовності та зумовлених знаннями про них станів волі, що визначили суть та хід зазначених реформ. Стосовно зазначеної проблематики отримуємо такі критерії та етапи, а саме:

1) концептуальні зміни права та інших сфер життя суспільства (темпоральні рамки 90-ті роки ХХ ст.). Впродовж цього етапу суди та правоохоронні органи і наукові знання про них очищали від основних рис радянського права, політики, феноменології їхнього пізнання; правова культура суспільства та особистості втрачала риси суб'єктної пригніченості, страху перед публічними органами влади, безініціативності, розгубленості перед свободою; рельєф ментального поля свободи був окреслений пасіонарями, живими людьми, залишаючи на периферії велику кількість громадян, які не могли достатньою мірою перебудувати свою свідомість у формат вільної дії та персональної відповідальності за свої цінності, позбутися провінційності і/або неконструктивних навіювань моделей поведінки з боку держави;

2) формування національних рис права і політики (темпоральні рамки 2000-02.2014 ХХІ ст.) – відзначається стійкою тенденцією поглиблення наукових досліджень потрібних напрямів діяльності судів та правоохоронних органів та прийнятних для цього структур; сфера практичного застосування результатів таких досліджень наштовхується на невпинно зростаючою геополітичною слабкістю України, зумовленою сильною політичною кон'юнктурністю, недбальством більшості парламентарів, суддів та посадових осіб органів публічної влади. Їхні деконструктивні підходи до своїх обов'язків обумовили величезні втрати національного багатства і врешті-решт військові дії в окремих районах Сходу України та окупацію Автономної Республіки Крим; у цей період була розформована Національна гвардія з одночасним утворенням внутрішніх військ МВС; було ухвалено 3 процесуальних кодекси (2004, 2005, 2012), зміни до Конституції України (2004, 2010 роки та у лютому 2014), двічі ухвалювали нові закони щодо судів (2002, 2010 роки), закони протидії тероризму,

розвідувальної діяльності, податковий кодекс з процесуальними нормами та деякі інші;

3) цивілізаційне визначення вектору та змістовне наповнення правових реформ (темпоральні рамки від 03.2014 XXI ст. до сьогодні) – геополітичні чинники (агресія РФ, інтеграція до ЄС, відсутність військової та дієвої в короткостроковій перспективі підтримки від гарантів основ національної безпеки України – США, Великобританії, РФ та ін.), критична руйнація національних цінностей серед основних політико-правових інститутів та, як наслідок, відсутність ефективності та довіри до публічної влади, а також суттєве втручання відкритого громадянського суспільства у націєтворчі процеси зумовили оперативне доопрацювання й ухвалення нових законів і правок до чинних щодо судів та правоохоронних органів, а саме: нові закони щодо протидії корупції, про прокуратуру, про суди, про Вищу раду правосуддя, про державну аудиторську службу, про органи виконання рішень судів і приватних виконавців; відновлення Національної гвардії; створення НАБУ, НАЗК, ДБР, Нацагентства з розшуку активів, поліції на базі міліції та ін.

б) доброчесною є така поведінка державно-владних осіб, за якою вони демонструють суспільству стриманість у словах та діях; ввічливість; не конфліктність; поважливе ставлення до пересічних громадян; реальність, а не видимість роботи; високий рівень загальної, політичної, управлінської, правової культури; скромність у доходах і витратах, чесність статків (розкоші маєтків, автомобілів, інших речей та нерухомості) тощо; високоморальна характеристика представників публічної влади, діяльність яких спрямована на досягнення добра (блага) як для кожної окремої людини, так і суспільства в цілому²⁰;

²⁰ Томкіна О. Принцип доброчесності державної влади: постановка проблеми. Вісник НАПрНУ. 2014. № 1. С. 65-74.

Отже, духовність являє собою найвищий прояв людської сутності на кожному історичному етапі розвитку нації у вигляді глибоко осмислених знань (як засобу соціалізації), освіченості, етико-моральної системи співвідношень людини як особистості, її ставлення до себе, іншої людини та інших суб'єктів, навколишньої реальності. Для судді та працівників правоохоронних органів духовність як найвищий прояв їхньої високої культури у вигляді усвідомлення власної самоцінності і свого світу, свободи, причетності до суспільства; відчуття істини, ідеалів добра й краси, милосердя, стає способом чесного / щирого / антикорупційного усвідомлення себе і своїх діянь / вчинків, які вони спрямовують на досягнення цілей соціального прогресу, відповідно до власної совісті, норм-принципів права і моралі у відкритому суспільстві.

Застосовувані нами традиції (загальноприйняті приклади) фактичних практик наукових досліджень онтології антикорупційних реформ являють собою поєднання основоположних ідей як абстрактних сутностей духовної культури і права в сфері доброчесної поведінки (її моделі) і складають суть нашої гносеологічної парадигми (від давньогрец. *παράδειγμα*, «шаблон, приклад, зразок») відповідних трансформацій публічних права і законодавства, кореляцій між ними. Серед зазначених фундаментальних правових ідей (принципів), які виникають та діють у свідомості парламентарів, суддів і правоохоронців у вигляді духовно-культурних цінностей, уявлень і переконань та готовності їх застосовувати, виокремлюємо добро, відвертість / щирість / чесність, довіру, совість, об'єктивність, сумлінність / добросовісність / попередження корупції, доброчесність / недопущення корупції, професіональність, наступництво. Відсутність легальних дефініцій і загальноновизнаного доктринального розуміння зазначених вище принципів призводять до того, що в більшості випадків

їхнє значення визначається наукою і правозастосовниками суперечливо, неоднозначно або не визначається зовсім. Це відповідно не сприяє прогнозованості та упевненості у стабільності правопорядку.

1.1.1. Політичні та інші соціально-правові умови реалізації антикорупційних реформ в сфері публічного права

Вищехарактеризовані передумови підсилюються деструктивної політикою протидії корупції. Коли влада зневажає право і законність, знищує довіру до неї і її органів, це стає спусковим механізмом масового прояву криміногенного потенціалу. Наразі таке правопорушення, як корупція, перейшло «в ранг грабежу і розкрадання країни неймовірними темпами. За таких умов попередження злочинності неможливо»²¹. Як у випадку з транзитивною економікою, політична корупція і/або неефективність політики органів публічної влади наслідок перехідної демократії, коли громадяни ще не вміють обирати кращих, контролювати їх та своєчасно замінювати на більш прогресивних політиків / управлінців. Тобто у громадян наявна низька політична культура, натомість держава, користуючись цим, намагається зберегти свій вирішальний вплив у надмірній кількості сфер суспільного життя, де вона не виявляє належної ефективності в умовах чесної соціальної конкуренції (у т. ч. на міжнародних ринках природних ресурсів, праці, фінансів тощо). Цьому сприяє непрозорість системи державного управління, відсутність регламентованих процесів вироблення державної політики на національному, регіональному та місцевому рівнях. Зарубіжні

²¹ Голина В. В. Ч. Беккариа и основы учения о предупреждении преступности. Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 250-річчю трактату Ч. Беккарія, м. Одеса, 13.06.2014 / В. Ківалов (голов. ред.). Одеса : Юрид. л-ра, 2014. – С. 276.

вчені-практики влучно підкреслюють, що з-поміж іншого високий рейтинг свободи від корупції Канади, зокрема її системи освіти, правосуддя, обумовлений публічною прозорістю, чіткістю та відкритістю діянь органів публічної влади. Усі дії, вартість адміністративних послуг висвітлюється на сайтах органів публічної влади та інших організацій». Політичні інтереси перевершують національні пріоритети розвитку у закритих суспільствах, де мотиви ухвалення публічно-правових рішень відображають кон'юнктурні умови політичних відносин у країні, а не позитивно-перспективні тенденції її політико-правового розвитку.

Духовно-культурні, економіко- і політико-правові, а також юридичні умови реалізації особою наданих їй правовим способом публічно-владних управлінських функцій потенційно зумовлюють можливості цієї особи для недоброчесної поведінки – неправомірного збагачення, особистого кар'єрного зростання і т. п. Люди вільні, а тому діють у межах об'єктивно наявних варіантів поведінки і своїх суб'єктивних можливостей²². Обмеженнями для них стають правові норми. Утім їхня формально-юридична прескрипція (від лат. *prescribere* – предписувати) так й не стає реальністю, якщо правові норми:

а) мають вади нормативності²³ – описувані ними цінності і/або процедури забезпечення цінностей не є такими об'єктивно і/або неналежно (неточно, неповно тощо) визначені в законах та інших джерелах права;

б) не сприймаються людиною. Ці взаємозв'язки (права, людини і суспільства) виявляються усюди. Зокрема, у сфері опосередкованих антикорупційним законодавством відно-

²² Нижечек В. И. Правовое регулирование в системе нормативного регулирования общественных отношений в СССР : автореф. дис. на соиск. Науч. степ. докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений». Свердловск, 1975. С. 6.

²³ Заморська Л. І. Правова нормативність як основа механізму дії права : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. 304 с.

син з перерозподілу матеріальних благ серед державних службовців незаперечними стали цінності чесності, добросовісності, щирості і т. п. Утім проблемою залишається запропоновані законодавцем процедури забезпечення збереження цих цінностей. Більше цього, далеко не кожний чиновник визнає значущість, корисність, важливість таких цінностей і/або здатний діяти відповідно до них. Як наслідок проблема корупції сприймається по-різному в межах як окремого суспільства, так й в межах соціальних спільнот усього світу. Варіативність залежить від вищезгаданих умов цивілізаційного розвитку, які не долаються виключно юридичними засобами.

Серед низки визначень поняття «корупція» та його розгорнутого обґрунтування не зустрічаються зв'язків з ідеєю протидії недоброчесній поведінці через уведення до законодавчого поля норми-принципу з назвою «недопущення корупції». Ця норма покликана виконувати роль орієнтира, ідеологічно очевидного і невідворотного. Вчені і практики наводять низку аргументів про системність проблеми корупції, які далеко не вичерпуються юридичними чинниками (зв'язками), а сягають глибинних основ духовної культури та ментальності кожної нації. Хоча право і залишається регулятивним принципом у системі організації людських взаємин загального – соціокультурного – значення²⁴, заснованим, як слушно відзначив А. Колодій, з-поміж іншого на політичних, економічних та ідеологічних вимірах суспільних відносин²⁵. На цих рівнях формується і трансформується світогляд людини, у т. ч., звісно, й у частині чесності та добросовісності поведінки. Відомий нам вітчизняний досвід сприйняття

²⁴ Литвинов О. М. Право як феномен культури : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.12. Суми, 2016. С. 36.

²⁵ Колодій А. Принципи права: генезис, поняття, класифікація, место и роль в правовой системе Украины. *Право України*. 2013. № 1. С. 69.

населенням корупції на тлі недостатньої дієвості процесуального права та інститутів публічної влади ілюструють такі результати соціологічного дослідження, відомості наведені у таблицях 1-3.

Опитування у 2010-2018 роках проведено серед мешканців Запорізької області; у 2016 р. також опитані були мешканці Дніпропетровської і Харківської областей. У 2017 р. і 2018 р. експертами виступили переважно представники органів публічної виконавчої влади України; у 2010 р. – також залучені експерти з судів і правоохоронних органів.

Таблиця 1

Дієвість процесуального законодавства України та застосування громадянами не правових способів

№	Рік проведення анкетування і кількість опитаних громадян	Отримані відповіді	
		Вітчизняне процесуальне законодавство скоріше або зовсім не сприяє громадянам у реалізації та захисті їх прав і свобод, кількість відповідей у відсотках (%) від загальної кількості опитаних	Громадяни домагаються належної реалізації та захисту прав і свобод за рахунок корупції, кількість відповідей у відсотках (%) від загальної кількості опитаних
1.	2018 (60 експертів)	54% (46% – скоріше сприяє)	73% (19% – моральними засобами)
2.	2017 (60 експертів)	73,59%	92,45%
3.	2016 (40 експертів і 120 пересічних громадян)	75% експертів, 27,5% пересічних громадян	80% експертів, 70% пересічних громадян
4.	2012 (100 підприємців, експертів)	59,00%	76,00%
5.	2010 (70 експертів)	84,29%	65,71%

Таблиця 2

Ефективність роботи публічної влади в Україні

Оцінка	Парламент України	Судді	Виконавчі органи державної влади	Місцева / муніципальна влада
2018				
незадовільно	67%	59%	26%	22%
задовільно	30%	37%	52%	41%
добре	3%	4%	22%	37%
відмінно	0%	0%	0%	0%
2016				
незадовільно	62%	31%	25%	18%
задовільно	31%	47%	49%	50%
добре	6%	19%	21%	27%
відмінно	1%	3%	5%	5%

Таблиця 3

**Ступінь довіри громадян
до органів публічної влади в Україні**

Оцінка	Парламент України	Судді	Виконавчі органи державної влади	Місцева / муніципальна влада
2018				
Зовсім не довіряю	37%	22%	4%	4%
Скоріше не довіряю	56%	67%	52%	48%
Скоріше довіряю	7%	11%	44%	37%
Повністю довіряю	0%	0%	0%	11%
2016				
Зовсім не довіряю	62%	31%	25%	18%
Скоріше не довіряю	31%	47%	49%	50%
Скоріше довіряю	6%	19%	21%	27%
Повністю довіряю	1%	3%	5%	5%

Порівняння цих результатів з релевантним зарубіжним досвідом ілюструють такі думки іноземних експертів:

1) із США – досвідчений адвокат Дж. Вернон на пряме запитання про можливість підкупу судді у США відповів, що таке можливо, проте такі практики не характерні для громадян США і є поодинокими;

2) з Канади – суддя у відставці, проф. Н. Флеттерс підкреслила, що у Канаді стримуючими корупцію чинниками стали усталені традиції доброчесності; піклування про якість законодавства; активна участь громадян у боротьбі за свої права у передбачених законом рамках та врахування їхніх думок публічною владою; гідна заробітна плата для чиновників і стимулювання кар'єрного зростання. Також наголошено, що українці в Канаді не виявляють специфічних рис корупційної ментальності, а відображають культурні коди Канадської нації;

3) зі Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії – адвокат К. Рід відзначив, що сприйняття корупції у Великобританії традиційно більш нетерпиме порівняно з населенням в Україні. Основною сферою корумпованості залишається фінансовий сектор, особливо банківський та інвестиційний (за участі транснаціональних корпорацій), а також галузь політики. Якщо проблеми з корупцією у британській поліції зустрічаються час від часу, то серед суддів це явище викорінено. На законодавчому рівні ухвалено закони з протидії корупції і спеціально з протидії хабарництву.

Отже, кожна країна має проблеми недоброчесності в сфері публічної влади. Різниця між ними полягає тільки у масштабності корупції та природі політико-правових й супутніх їм передумов, що обумовили виклики чесності, совісті та відповідальності. Врахування позитивного зарубіжного досвіду протидії корупції повинне відбуватись на основі концепції

еквівалентних культур²⁶, що зобов'язує, зокрема вітчизняного законодавця враховувати сильні сторони української культури, її самодостатність, унікальність та рівноцінність (рівнозначність) серед будь-яких культур. Власне запропонована думка про формально-юридичну фіксацію ідеї про «недопущення корупції» як норми-принципу публічного права суспільства, відкритого до прогресу, унікальна, має під собою об'єктивні політико-правові передумови для впровадження та може стати ефективним засобом протидії корупції.

Отримання неправомірної вигоди гальмує, зупиняє розвиток або навіть обумовлює соціальний регрес. Семасеологічно це негативне явище маркується термінами «корупція», «хабарництво» (німець. «die Korruption», «der Bestechung»). Семантика в даному випадку не стає головною рисою цих органів, хоча усі назви тематично й знаходяться в однаковій предметній канві – незаконного збагачення публічної влади та бізнесу. Тобто визначальним для цього напряму правоохоронної діяльності стають суб'єкти, а саме: представники органів публічної влади, підприємці та їхні родичі. При цьому об'єктом/предметом (що формально-юридично і лексично розрізняються, а за соціологічного підходу тотожні) злочину (кримінального правопорушення) незаконного збагачення цих суб'єктів стають матеріальні цінності та інші вигоди. Суттєвою ознакою предметної діяльності антикорупційних органів є великий розмір такого збагачення. Оскільки усі умови (наявність публічної влади; її потенційна можливість неправомірно збагачуватися; такі вигоди непропорційно великі, порівняно валового внутрішнього продукту на одну особу) необхідно, постійно дотримуються у соціальному житті будь-якої нації, справляючи на нього суттєвий вплив, то проблема створення спеціальних інститутів для боротьби з корупцією виявляє

²⁶ Ковальський В. С., Козінцев І. П. Правотворчість : теоретичні та логічні засади. К. : Юрінком Інтер, 2005. С. 20.

властивості загальної закономірності (the overall regularity) у сфері права, набуваючи загальноправового характеру.

Історично усі нації мають проблеми з ефективністю роботи публічної влади, які вирішуються на рівні низки юридичних та економічних наук, політології тощо. Рішення про утворення «спеціального органу правопорядку для боротьби з корупцією» повинно бути обґрунтовано перш за все духовними та економічними передумовами права і політики, а не бути кон'юнктурним політичним рішенням. Як влучно підкреслив прихильник природно-правової теорії праворозуміння Ч. Беккарія: «Хочете попередити злочини? Зробіть так, щоб закони були ясними, простими, щоб уся сила нації була зосереджена на їх захисті і щоб жодна частина цієї сили не прямувала на їх знищення. Зробіть так, щоб закони менше опікувалися окремими соціальними прошарками, ніж самими людьми. Зробіть так, щоб люди боялися їх і тільки їх. Страх перед законом благородний, але страх людини перед людиною згубний і породжує злочини»²⁷. В. Сиріх вдало підкреслив, що підставою створення норм публічного права, у т. ч. з протидії корупції, стає політико-правова діяльність, яка здійснюється державою, суспільством і особою у вигляді правотворчості, правозабезпечення, правоохорони, правозахисту, вираження політичних думок і оцінок населенням²⁸. Доречно згадати І. Ковалю, який встановив, що у кожного народу в процесі його історичного буття виробився власний менталітет, як своєрідний спосіб усвідомлення і ставлення до світу, зумовлений традиціями, вихованням, релігійними уявленнями, мовою тощо. Він складається з базових теоретичних невідомих компонен-

²⁷ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В. С. Овчинского. М.: Инфра-М, 2008. VI, С. 151.

²⁸ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Том 3: Современное правопонимание. М.: РАП, 2007. С. 313.

тів, які є основою інтегральних установок, настанов, потенційними засадами світосприйняття і які можуть (за певних умов) проявитися в життєдіяльності людини. Своєю чергою, у ментальності як динаміці проявляються тільки деякі елементи менталітету у формі мислення, почуття, пристрасті, дії. Правовий менталітет має компоненти, пов'язані з правовою природою людини, природним та позитивним правом. Антропологічні компоненти правового менталітету вписуються в логічну схему детермінізму: людина – причина – закономірність та об'єднуються у дві групи:

1) онтологічно-природну, яка вміщує установки космічного детермінізму, природні та специфічно природжені норми, етнічно-родинні феномени;

2) деонтологічно-культурологічну – антропологічно-етичний детермінізм, культурно-правові норми, соціалізаційні настанови та закономірні зв'язки між ними.

Масова правосвідомість найбільше відображає зміст правового менталітету, в якому міцно вкорінені антропологічні властивості права. Ця вкоріненість виконує роль внутрішніх, підсвідомих імперативів, де підсвідоме право – система закритих психічних процесів, які не перебувають у фокусі свідомості, але впливають на поведінку людини за правилом дивного атрактора (підмножини)²⁹. Ментальність як комплексна соціально-психологічна якість дозволяє в контексті порушеної нами проблеми виявити корупційні установки («ментальна матриця»), корупційні викривлення способів бачення світу («матриці сприйняття») та уявлень людей («культурні коди»), які інкорпоровані у соціальну спільноту³⁰, зокрема українську.

²⁹ Коваль І. М. Метаантропология менталітету: правовий вимір : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12. Львів, 2018. С. 6-8.

³⁰ Кушнар'ов І. В. Ментальні основи політичної корупції в Україні. *Політичне життя*. 2017. № 4. С. 77.

Схильність до корупції / неправомірної вигоди об'єктивно не властива природі людині від народження. Це соціально набута якість. Т. Джефферсон слушно наголосив, що «корупція в цій країні, як і в тій, звідки ми походимо, охопить уряд і поширяться на основну масу нашого народу; коли уряд купить голоси народу і змусить його заплатити повну ціну. Людська природа однакова на обох берегах Атлантичного океану і залишиться однаковою під впливом одних і тих же обставин. Настав час стеретися корупції і тиранії, поки вони не заволоділи нами»³¹. Корупційні психологічні характеристики повинні пояснюватися з точки зору властивостей соціокультурного взаємодії, в матрицю якого вони закладені. Без знання суспільства і культури, в яких народжується і росте індивід, ніякі його особисті риси – вірування, ідеї, переконання, смаки, пристрасті і те, що викликає неприязнь, – не можуть бути зрозумілі; вся ментальність людини, манери і звичаї, його стиль поведінки і образ життя цілковито незбагненні. Не тільки психосоціальна особистість у цілому, але багато з її біологічних якостей ліпляться і обумовлюються соціокультурним простором, в якому вона виростає³².

Феномен корупції у сфері публічної влади стає приватним проявом поведінкового коду, що детермінує стійкий соціально-психологічний стан суб'єкта (людини, нації, народу), його органічну цілісність соціально-психологічних якостей і рис, яка обумовлює конкретну реакцію суб'єкта менталітету на зміни навколишніх умов. Тоді професійний менталітет державних службовців уявляється як спосіб мислення та поведінки особистості, що відповідає критеріям моралі та вимогам професійного кодексу державних службовців і забезпечує належну ефективність виконання ними службового обов'язку

³¹ Джефферсон Т. Автобіографія. Заметки о штате Виргиния. Л. : Наука, 1990. С. 197.

³² Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество. М. : Политиздат, 1992. С. 144.

в галузі публічного управління³³. І розуміння корупції полягає не у тому або іншому типі виокремлення соціальної взаємодії, а у тому як цей тип вжито чи використано³⁴. Чиновник, як і будь-яка людина, мислить в межах загальнолюдських бінарних опозицій: добро (чесність, доброчесність, справедливість, совість, довіра) та обман (приховування справжнього стану справ, підкупність, неправомірна вигода, безчесність, корупція). Відсутність або недостатність розвитку правової культури, органічно нашарованої на загальний рівень виховання, схиляє людину до недоброчесних діянь. Домінування у свідомості людини зажерливості, наприклад демонструють чиновники, що збагатилися не правовим шляхом, коли вони не можуть пояснити і/або обґрунтувати наявні у них (їхніх родичів, близьких осіб) статки. Цей недолік їхньої природи маркує екзистенційну посередність, низьку якість духовних рис, характеризуючи їх сукупно як представників закритого суспільства. Члени такого суспільства нездатні інтегруватися до спільнот відкритих суспільств, незалежно від приналежності останніх до Східної, Західної, Мусульманської, Іудейської чи інших систем правових цінностей.

Для української нації створення ефективних органів правопорядку в сфері протидії корупції є доказом щирого прагнення інтегруватися до кращих і підходящих пасіонарним особливостям української нації цивілізаційних стандартів ЄС. Цей крок, звісно залишиться змістовно пустим, якщо не відбуватиметься якісна соціалізація більшості населення, у т. ч. через покращення існуючого стану ментальності. Еволюція ментальності – повільний історичний процес, хоча у ситуаціях виклику (наприклад, дієвих конструктивних протестів

³³ Філіпова Т. В. Професійний менталітет державних службовців в Україні: технологія формування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. управ. : спец. 25.00.03. Одеса, 2006. С. 10.

³⁴ Гринберг Р. Коррупция – благо. Газета еженедельник «Аргументы и Факты». 11.10.2006. № 41. С. 15.

громадян проти актів корупції), відбуваються швидкі адаптаційні зміни ментальності – ментальні революції.

На додаток до духовно-культурних передумов зараховуємо соціально-економічні чинники. Світова практика переконує, що розвиток економічних відносин і розростання апарату публічної влади зумовило концентрацію і централізацію корупції в формі корупційних мереж. Така форма кримінальної діяльності є менш прозорою, ніж індивідуальна корупція, має більше можливостей в отриманні підтримки впливових держструктур, які беруть участь в отриманні хабарів безпосередньо або опосередковано через своїх помічників, членів сімейного клану³⁵. За Р. Грінберг, корупція, це явище шкідливе і в соціальному, і в моральному, і в кримінальному плані. Але треба зрозуміти: щоб викоринити корупцію, потрібні не стільки кримінальні справи, скільки нормальний перерозподіл благ. А це одне з головних призначень держави. В умовах катастрофічної соціальної нерівності корупція – це один із способів перерозподілу доходів, що у певному сенсі і у якійсь мірі знижує напругу в суспільстві³⁶. У країнах, які не обрали прийнятний для себе тип економічної системи (капіталістичний, соціалістичний, змішаний тощо) проблеми корупції живляться невизначеністю стратегії економічного розвитку, його хиткістю, у т. ч. за рахунок правової незахищеності інвестицій підприємців. Це транзитивна економіка, яка поширена в Україні та інших закритих за показником рівня корупції суспільствах. Відзначається, що природною спадщиною комуністичного режиму зосталася посадова корупція й злочинність як генетична залежність еволюції інституцій від заздалегідь обраної траєкторії (path dependence) із повним запереченням побудови меритократичного суспільства.

³⁵ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В. С. Овчинского. М.: Инфра-М, 2008. VI. С. 14.

³⁶ Гринберг Р. Коррупция – благо. Газета еженедельник «Аргументы и Факты». 11.10.2006. № 41. С. 15.

Традиційні аксіологічні норми поведінки представників органів державної влади знаходяться поза межами легітимних суспільних відносин в Україні, ставлячи себе «над» соціумом. Вони зумовлюють значну величину трансакційних витрат та втрат під тиском таких явищ, як корупція, рейдерство, лобізм та інше не лише від самої опортуністичної поведінки, а й від втрат на запобігання³⁷.

Отже, політичні, економічні та інші соціальні умови, що існують у кожній окремо узятій країні, обумовлюють певний рівень корупційних ризиків, які перетворюються на корупцію внаслідок вад законодавства і/або його правозастосовних практик, головним чином на рівнях вищих органів публічної влади, у т. ч. правоохоронних органів і судів. Особливого загострення антикорупційної боротьби між корупціонерами і добросовісними громадянами на рівні правотворення і правореалізації варто очікувати у транзитивних суспільствах, до якого наразі зараховуємо український соціум. Водночас у тоталітарних державах така боротьба може бути відсутня взагалі на тлі високого рівня корупції в сфері публічного права.

1.2. Правові засади трансформацій та ефективності застосування антикорупційного законодавства

1.2.1. Природно-правові інтерпретації антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства

Феномен корупції характерний для усіх етапів розвитку людської цивілізації від стародавніх часів до сьогодення. Відповідно він являє собою закономірність соціального

³⁷ Брановицький В. В. Перерозподіл власності в умовах транзитивної економіки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спец. 08.00.01 «Економічна теорія та історія економічної думки». К., 2016. С. 8-9.

прогресу. Проблема полягає у ступені корупції, який уможливило розвиток. З однієї сторони, корупція покращує роботу бюрократичної системи в умовах об'єктивно перманентно недосконалого законодавства, виконуючи роль компенсатора прогалин, кострубатості, архаїчності, штучності, політизованості правових норм. З іншої сторони, перебір корупції має наслідком розкладання соціального ладу й колапс попередньої системи політичної взаємодії. У цьому зв'язку вітчизняний досвід переконує, що кінець 2013 р. став саме таким моментом критичного рівня корупції, вище якого не існувало нормальних соціальних зв'язків, а залишились тільки вігіталізм (лат. *vigilo* – пильнувати, спостерігати, наглядати, піклуватися; іт. *vigilare all'adempimento del regolamento* – стежити за виконанням статуту; нім. *überwachen*; англ. *supervise, watch over*; позначуване цим терміном поняття має прикладне значення в контексті постійної боротьби громадян за свої права, стримування держави, утвердження конструктивного демократичного впливу народу на державу, забезпечення реального обмеження правом держави і відкритості суспільства), очищення влади та реформи. Наразі продовжується динамічне реформування державних органів та низки супутніх правових інститутів (банків, політичних партій тощо). Наприклад, структурно-функціональні зміни в сфері правосуддя і правоохоронної діяльності 2014–2017 років формально-юридично об'єктивовані у формі змін до Конституції України й більш ніж 17-ти концептуально нових законів).

«Корупція» – це обов'язкова негативна ознака, яка притаманна будь-якій державі та соціуму³⁸. М. Мельник підкреслив багатоаспектність феномену корупції, вказавши, що це складне економічне, політичне, правове, морально-психологічне явище, яке віддзеркалює чистоту цих відносин суспіль-

³⁸ Шатрава С. О. Адміністративно-правові засади запобігання корупції в органах національної поліції України: дис. док. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. С. 21.

ства, у ній знаходять своє відображення найбільш значущі для держави та суспільства проблеми³⁹. Погоджуючись з багатоаспектністю корупції Е. Невмержицький наголосив, що корупція являє собою соціально небезпечне явище, змістом якого є система негативних поглядів, настанов і діянь службових осіб інститутів влади та управління, державних і недержавних підприємств, організацій і установ, політичних партій та громадських організацій, спрямованих на задоволення особистих, групових або корпоративних інтересів шляхом використання свого службового становища, всупереч інтересам суспільства і держави⁴⁰. В. Сташис корупцію визначив як вкрай небезпечне для держави негативне соціально-правове явище, тому що вона підриває авторитет державного апарату, дискредитує його діяльність, завдає економічній й політичній шкоди, гальмує розвиток реформ, практично знижує ефективність розроблених програм⁴¹.

Як бачимо, домінуюча правова позиція вчених засновується на визнанні суспільної небезпеки (шкідливості) корупції й зарахуванні до змісту цього поняття не тільки підкупу державних службовців, проте й зловживання владою у власних чи інших кон'юнктурних інтересах, у т. ч. як наслідків такого підкупу. Наведені поняття «корупції» перебувають у дискурсі, який можна образно окреслити відомим латинським прислів'ям: «Male parata, male dilabuntur – ганебно придбане – ганебно й пропадає. Водночас закони діалектичної логіки дозволяють припустити наявність позитивних впливів корупції на розвиток правових відносин, зокрема на які звернули увагу П. Верд, Т. Сиссенер: корупція поряд з

³⁹ Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) : моногр. К. : Юридична думка, 2004. С. 28.

⁴⁰ Невмержицький Е. В. Корупція в Україні : причини, наслідки, механізми протидії : моногр. К. : КНТ, 2008. С. 44.

⁴¹ Сташис В. В. Проблеми боротьби з організованою злочинністю і корупцією в Україні. Вісн. Акад. прав. наук України : зб. наук. пр. Х. : 2001. Вип. 2. С. 167.

негативними наслідками гуманізує роботу апарату держави, виявляє логіки дарування, домовленостей і посередництва, мереж соціальної солідарності, перерозподілу накопичень⁴².

За ст. 5 Конвенції ООН проти корупції від 31.10.2003, ратифікованої Україною Законом №251-V від 18.10.2006 року, кожна Держава-учасниця, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, розробляє й здійснює або проводить ефективну скоординовану політику протидії корупції, яка сприяє участі суспільства і яка відображає принципи правопорядку, належного управління державними справами й державним майном, чесності й непідкупності, прозорості й відповідальності. Кожна Держава-учасниця прагне періодично проводити оцінку відповідних правових інструментів й адміністративних заходів з метою визначення їхньої адекватності з точки зору запобігання корупції та боротьби з нею.

У світовому Індексі сприйняття корупції (CPI) за 2016 рік Україна отримала 29 балів зі 100 можливих й посідає 131 місце зі 176 країн. Цю сходинку із показником 29 балів разом з нами розділили Казахстан, Росія, Непал та Іран. Результати дослідження World Justice Project Rule of Law Index, що враховується в побудові CPI доводять, що показник нашої держави в цьому Індексі зріс на +10 балів порівняно з минулими роками і найбільше балів Україні додало: зменшення використання службового становища в органах виконавчої влади (показник покращився на 14%), зокрема у поліції та збройних силах (показник покращився на 6%), у судовій гілці зменшення рівня корупції не відбулося; впровадження підзвітності публічних закупівель через авторизований електронний майданчик / електронну систему публічних закупівель Prozorro та онлайн-платформу громадського контролю таких

⁴² Сиссенер Т. К. Феномен коррупции в антропологической перспективе. Борьба с ветряными мельницами? Социально-антропологический подход к исследованию коррупции. С.-Пб. : Алетейя, 2007. С. 61.

закупівель Dozorro (за Законом України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. № 922-VIII); запровадження державного фінансування партій якщо на останніх виборах народних депутатів України її виборчий список кандидатів у загальнодержавному багатомандатному виборчому окрузі отримав не менше 2% голосів виборців від загальної кількості голосів, поданих за всі виборчі списки кандидатів у такому окрузі (за статтями 17-1–17-9 розділу IV-1 «Державне фінансування політичних партій», Закону України «Про політичні партії в Україні» від 05.04.2001 р. № 2365-III); перші розслідування НАБУ; участь громадськості в антикорупційних реформах.

Вчені наголошують, що тривкість успішних трансформацій службового права, нестійкість та втрата державою репутації зумовлені викликами, які включають зростання регіональних розбіжностей у розподілі багатства, постійно високий рівень бідності (особливо в сільській місцевості), обмежений людський капітал, нерівномірність здійснення верховенства права та демократичних процесів, обмежена участь громадян у політичних процесах та надмірна корупція⁴³. Загальноправові антропні виміри антикорупційного законодавства в умовах розбудови відкритого суспільства (у т. ч. в Україні) є характеристиками культур *homo juridicus*, політиків, підприємців та пересічних громадян. Їхнє перехрещення обумовлює встановлення у законодавстві балансу прийнятних для них уявлень про правомірне й неправомірне у сфері благ. Далі, суб'єктивовані з питань правил обігу благ енергії об'єктивуються у соціальні практики, прогресивне корегування яких за пропозиціями вчених можливе рівно настільки, наскільки нація щиро сприймає їх. На рівні індивідуальної свідомості прогрес триває й перетворює соціальні спільноти із закритих, транзитивних на відкриті у діяннях

⁴³ Pelizzo R., Baris O., Janenova S. Objective or Perception-Based: A Debate on the Ideal Measure of Corruption. *Cornell International Law Journal*. 2017. Vol. 50. Iss. 1. C. 91.

вчених і/або інших пасіонарних лідерів. Як слушно відзначив Ю. Шевцов: «Корупція – це соціальне явище, а не природа людини». Застосовані антропологічні методи дослідження (спостереження, інтерв'ювання, юридична практика автора, вивчення справ судової практики) виявили:

1) засмученість і зневіру пересічних громадян внаслідок очевидної недолугості, нерівного ставлення і/або несправедливості з боку окремих державних службовців;

2) налаштованість громадян вирішувати питання з органами публічної влади за рахунок передачі матеріальних благ і навпаки;

3) вимушеність через недофінансування добросовісних посадових осіб окремих органів публічної влади отримувати матеріальні вигоди від сторонніх осіб для якісного виконання своїх професійних обов'язків;

4) неоднозначність судової практики у справах про притягнення до юридичної відповідальності за корупційні правопорушення.

Утім, здебільшого, як переконує логіка історії хижачького збагачення публічної влади, такий прогрес у сфері подолання неприйнятної рівня корупції відбувається у соціовимірних формах. Слабкість і/або життєві обставини більшості населення заважають людям діяти за найкращими зразками антикорупційної поведінки. Як наслідок зразкові антропні виміри антикорупційного законодавства втрачають свою силу, перетворюються на соціальні виміри культури та її колективні форми протидії корупції. Одночасно природа відношення до корупції змінюється, відповідно до усіх науково обґрунтованих висновків соціологів права і кримінологів. Зокрема, індивідуальне заперечення корупції кожним окремим громадянином стає більш аморфним в умовах інерції суспільства у напрямку протидії корупції. У такому суспільстві громадянин, який протистоїть корупції, додатково

витрачає зусилля на боротьбу з лояльним ставленням до корупції інших членів суспільства, соціальних прошарків / груп. При цьому ресурси такого громадянина не збільшуються, а суспільство, його корумпована частина органічно здатна збільшуватися за рахунок соціально нестійких громадян: невігласів (непоінформованих), конформістів, маргіналів та ін. Відкрите суспільство зорганізоване на перманентний соціальний прогрес, тому що акумулює у собі антикорупційну антропну волю, якій чітко підпорядковуються, у т. ч. за рахунок використання методів стимулювання й заохочення⁴⁴ люди з потенційно корупційною та іншою деконструктивною поведінкою. Наприклад, заробітна плата членів та працівників апарату Національного агентства з питань запобігання корупції повинна ... стимулювати досягнення високих результатів у службовій діяльності ... (за Законом України «Про запобігання корупції» 14.10.2014 р. № 1700-VII (далі – профільний закон) ч. 1 ст. 16).

Антропологічні засади громадянського суспільства виводять з буття громадянського соціуму й через нього. У глибинних сферах внутрішнього індивідуального життя людини, його духовно-моральної, підсвідомо-іраціональної, іраціонально-міфологічної, антробіологічної суб'єктивності містяться справжні основи людської свободи, що має креативне значення, репродукуючи людину як «соціальний атом», визначаючи форми індивідуального та соціального буття громадянського суспільства. Громадянське суспільство, що формується на антропологічних засадах, репрезентується в матрицях етнологічних, етнографічних, лінгвістичних, соціологічних, психологічних, психофізіологічних характеристиках, детермінованих ментальними особливостями тих чи

⁴⁴ Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления. М. : Наука, 1974. С. 139-140.

інших країн, народів, континентів⁴⁵. С. Сидоренко виділив такі антропологічні принципи громадянського суспільства:

1) принцип антропологічної редукції – пояснення об'єктивних утворень через віднесеність їх до людини в активних проекціях екзистенції;

2) принцип органону – націлює на цілісне сприйняття сутності людини, що діє за умов розвитку громадянського суспільства, виходячи зі створених нею об'єктивних форм культури, процесів структурування соціоінститутів і соціоустанов, що являють собою функціонально-еволюційну консолідацію;

3) принцип антропологічної інтерпретації окремих явищ людського життя – необхідний для аналізу внутрішньокультурних феноменів громадянського суспільства: людської істоти, різних проявів її тілесної, почуттєвої та душевно-духовної організації, при дослідженні соціуму в іманентно-структурному порядку⁴⁶. Припускаємо, що антикорупційне законодавство стає дієвим після належного відображення у ньому цих основоположних ідей антроповимірної організації життя суспільства.

В окреслених відношеннях роль законодавця стає ключовою, адже від того наскільки вміло і вірно йому вдасться виписати зрозумілою мовою антикорупційні правила на рівні законів безпосередньо залежить подальша якість правотворчої діяльності органів виконавчої влади та їхнє спільне з судами правозастосування. Нині залишається актуальною визначена ще М. Цицероном норма-ціль: *Legem brevem esse oportet* (закон повинен бути коротким). Європейський суд з прав людини у низці своїх рішень вказує на неприйнятну мно-

⁴⁵ Сидоренко С.В. Антропологічні засади громадянського суспільства як особливої сфери соціуму: теоретико-методологічний контекст. *Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії*. 2014. Вип. 57. С. 144.

⁴⁶ Там само. С. 145.

жинність трактувань положень законів України. Зокрема, рішенням від 14.10.2010 р. у справі «Щокін проти України» визначено концепцію якості закону: закон повинен бути доступним для заінтересованих осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні. Відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості і точності порушує вимогу «якості закону». У разі коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків осіб, національні органи зобов'язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід. Вирішення колізій у законодавстві завжди тлумачиться на користь особи.

Просте, лаконічне і зрозуміле законодавство полегшує його застосування і скорочує потребу у великому апараті чиновників. Спробою законодавця використовувати оціночні поняття у законах проблема вичерпується тільки частково, зокрема для оперативного заповнення прогалин у праві, коли неможливо створити формалізований текст або коли моральних оціночних термінів важко уникнути, і у короткостроковій перспективі. Наприклад, «розумні строки розгляду справи судом» (п. 7 ч. 1 ст. 129 Конституції України); «бездоганна репутація, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет», «рівень професійної компетентності, особисті якості» (вимоги до членів поліцейської комісії, п. 3 ч. 2 ст. 51; вимоги до поліцейських ч. 2 ст. 52, ч. 1 ст. 57 Закон України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 № 580-VIII відповідно). Ці норми стають бланкетними положеннями антикорупційного законодавства, у разі, коли їхнє порушення відбулося внаслідок корупційних дій, а їхнє однозначне застосування ускладнюється у силу наявності оціночних формулювань. Утім аналогічна проблема – оцінності антикорупційних положень законів – характерна також для профільного закону: 1) термін «загальноновизнане уявлення про гостинність» при визначенні можливості прийняття подарунку (аб. 1 ч. 2 ст. 23);

2) терміни «спільний побут» і «сімейний характер» щодо взаємних прав та обов'язків із суб'єктом декларування при визначенні поняття «близькі особи» (аб. 4 ч. 1 ст. 1); 3) низка термінів правил етичної поведінки (статті 37-44), у т. ч. деталізовані у Загальних правилах етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, затв. наказом Національного агентства України з питань державної служби 05.08.2016 № 158; 4) термін «надмірне» при визначенні втручання у право на недоторканність особистого і сімейного життя особи під час моніторингу способу життя суб'єктів декларування (аб. 2 ч. 3 ст. 51); та ін.

Важливою антропологічною проблемою антикорупційного законодавства України на шляху розбудови відкритого суспільства є також норми, які технічно перенесені за зразками Західних країн, проте не відповідають існуючим соціо-регуляційним практикам, культурним цінностям і кодам, не спираються на відповідні бюрократичні цінності. Наприклад, тільки формальною вимогою закону, а не результатом закономірного правового розвитку є для абсолютної більшості службових осіб дії у разі отримання подарунку (акт, зберігання, сумніви щодо можливості одержання подарунка і письмове звернення за консультацією до територіального органу НАЗК тощо), для абсолютної більшості юридичних осіб чинні у них антикорупційні програми (статті 24, 62 профільного закону відповідно) тощо.

Юридично й антропно невиправданими через обтічність, загальноправову позаконтекстуальність, дисфункціональність, загальносоціальну очевидність і/або конфліктну провокаційність є такі норми профільного закону:

1) про здатність 5-х атестованих і обраних відповідно до закону членів НАЗК своєчасно та якісно виконувати усі покладені на них повноваження без підміни їхньої роботи роботою працівників апарату, до яких у законі не

висувається відповідних високих кваліфікаційних вимог. За відсутності реального антропо-юридичного відображення розподілу повноважень членів й працівників апарату НАЗК (статті 5, 11);

2) терміни про «небезпечність роботи», «закріплення» в штаті апарату НАЗК кваліфікованих кадрів, компенсація «інтелектуальних затрат» працівникам при обґрунтуванні розміру заробітної плати (ч. 1 ст. 16);

3) заборона використовувати свої службові повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди (ст. 22);

4) вищезазначений термін «надмірне» втручання у право на недоторканність особистого і сімейного життя; неповне визначення процесу участі громадськості в заходах щодо запобігання корупції (ст. 21);

5) обмеження спільної роботи близьких осіб – особливо неприйнятно для сіл та інших населених пунктів з обмеженою кількістю кваліфікованих кадрів (ст. 27).

Антропологічна природа сфери протидії корупції обумовлює варіативність ряду суб'єктів відкритого суспільства, не обмежуючись тільки парламентом та іншими органами публічної влади, а й залучаючи до нього громадськість. Громадськість у сфері протидії корупції можна визначити соціальним утворенням протилежним державі, яке спонукає останню до створення умов, необхідних для всебічного розвитку та існування членів такого суспільства у відносинах із приводу запобігання та протидії корупції на підставі та у спосіб, передбачені чинним законодавством України. Інакше кажучи, громадськість виступає своерідною противагою державі, що однак орієнтується на взаємовигідне та безконфліктне існування з нею. Зазначена форма взаємостосунків, у свою чергу, вимагає формування інституту їх кореспондуючих прав та обов'язків із приводу запобігання та протидії

корупції, оскільки у протилежному випадку члени громадянського суспільства будуть розглядатися як підпорядковані державі суб'єкти, а не повноправні учасники відповідних відносин⁴⁷. Громадськість – це суб'єкт права, у тому числі громадське об'єднання, не наділена публічно-владними повноваженнями та комерційною спрямованістю, яка самостійно або спільно з іншими особами з метою оформлення політики, норм та/або поглиблення соціальних структур забезпечує формування соціального базису для демократії, заохочення політичної підзвітності, підтримки довіри та взаємодії, коли безперешкодно вдосконалюється асоціативність, свобода масових рухів і мирних зібрань, формується варіативний ряд колективних утворень залежно від зумовлюючих факторів їхньої антропологічної природи⁴⁸.



**Рис. 1. Пам'ятник-символ негативного ставлення до корупції
(встановлено 01.12.2017, м. Чернівці)**

⁴⁷ Глушко С. В. Адміністративно-правове забезпечення участі громадськості у протидії корупції : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. К., 2015. С. 94.

⁴⁸ Там само. С. 21.

Отже, осмислення правової природи доброчесності уможливить цілеспрямовану й успішну корекцію правової культури у бік конструктивної взаємодії учасників правовідносин без застосування інструментарію неправомірної вигоди. Треба врахувати, що роль моральних регуляторів, наприклад, добрі відносини з друзями і родичами, джентльменські (не паперові) домовленості, в українському суспільстві (його окремих регіонах) історично зросла. Вони застосовується разом з правовими регуляторами у кращому випадку на рівних, а в багатьох випадках у переважній більшості відносин. Цьому сприяли недовіра до судів та чиновників, відсутність віри в ефективність та дієвість законів, численні історичні приклади неоднакового застосування закону до різних громадян у схожих ситуаціях, бідність переважної більшості українців, які не мають грошей на якісні юридичні послуги за потреби. Законні процедури не завжди виявляються раціональними, а тому люди, у т. ч. через подарунки тощо, раціоналізують застосування неякісного (з причин архаїчності, помилок тощо) вітчизняного законодавства. Переконані, що кодифікація законодавства про корупцію та виписування процесуальних питань суттєво полегшить застосування антикорупційного закону, забезпечить вищу одноманітність право-реалізаційних практик та їхню ефективність у підсумку.

*1.2.2. Юридично-позитивістський підхід
до осмислення реалій антикорупційних:
на прикладі організації вітчизняних судів
та правоохоронних органів*

Соціальний прогрес українського суспільства в рамках Західної правової традиції нині продовжує являти собою інституційні трансформації механізму держави. Важливою

частиною цих трансформацій є структурно-функціональні зміни 2014–2018 років в сфері правосуддя і правоохоронної діяльності. Їхня формально-юридична об'єктивація у формі змін до Конституції України, більше двадцяти нових законів, а також великої кількості підзаконних правових актів (bylaws) доводить фундаментальність та незворотність здійснюваних реформи, закладання позитивно-перспективної тенденції перетворень в організації судів та правоохоронних органів в Україні. Антикорупційні механізми (правові акти, суб'єкти, правові відносини та правовий інструментарій у сфері запобігання корупції⁴⁹) характерні для усіх зазначених правових актів та відзначаються суттєво інноваційним змістом, покликаним системно покращити показники ефективності роботи судів і органів правопорядку, у т. ч. у сферах запобігання корупції (комплексу засобів попередження, виявлення, усунення як проявів корупції так і самих фактів правопорушень та які носять владно-розпорядчий характер⁵⁰) і протидії корупції (урегульованого нормами права комплексу взаємопов'язаних між собою дій компетентних органів держави та їх посадових осіб, за допомогою яких забезпечується боротьба з корупцією та встановлюється юридична відповідальність⁵¹).

Вивчення положень усіх вищезазначених законів дозволяє зрозуміти типові правові інститути, що об'єднані метою недопущення й мінімізації корупції у судовій гілці влади та органах правопорядку. Першим на себе звертає увагу механізм конкурсного відбору на посаду і високі кваліфікаційні вимоги до кандидатів на роботу в цих структурах. Теоретично ці дві

⁴⁹ Шатрава С. О. Адміністративно-правові засади запобігання корупції в органах національної поліції України: дис. док. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. С. 371.

⁵⁰ Клок О. В. Протидія корупційним правопорушенням засобами адміністративно-го права : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х. 2015. С. 180.

⁵¹ Там само. С. 180.

умови на початку роботи судді / правоохоронця виключають корупцію, адже конкурс дозволяє обрати найкращих, а вони мають найвищі показники професійності, у т. ч. духовності. Водночас практика (відео інтерв'ювання з деякими кандидатами на посади суддів ВСУ, які у підсумку стали суддями ВСУ, виявляють їхню некомпетентність і/або не добросовісність; аналогічні відео з кандидатами на посади прокурорів) доводить, що ці механізми не забезпечують досягнення якісного результату, а, відповідно, повинні бути доповнені іншими правилами, зокрема про виборність на строк та обмеження кількості разів такого обрання / призначення суддів КСУ (ст. 16 – 9 р., без права бути призначеним повторно), голова ВСУ (ч. 2 ст. 40 – 4 р. з правом обіймати посаду Голови Верховного Суду не більше двох строків поспіль), членів ВРП (ч. 2 ст. 5 – 4 р., одна й та сама особа не може обіймати посаду члена Вищої ради правосуддя два строки поспіль), Генерального прокурора (ч. 2 ст. 40 – 6 р., одна й та ж особа не може обіймати посаду Генерального прокурора два строки поспіль), голови НАБУ (ч. 3 ст. 6 – 7 р., одна і та ж особа не може обіймати цю посаду два строки підряд), голови ДБР (ч. 3 ст. 10 – на 5 р., одна і та сама особа не може обіймати ці посади більше двох строків підряд), голова НАЗК (ч. 1 ст. 6 – 2 р., одна й та сама особа не може обіймати цю посаду два строки підряд). Наступним елементом антикорупційного механізму стало суттєве підвищення заробітної плати та інших соціальних гарантій, зокрема базовий розмір посадового окладу судді КСУ і ВСУ складає 75 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року; судді – 30 таких мінімумів; член ВККСУ, який не є суддею, і ВРП – у розмірі посадового окладу судді ВСУ з коефіцієнтом 1,5; прокурора місцевої прокуратури – 12; детектив НАБУ – 19; слідчий ДБР – 20. Ключовою складовою досліджуваної нами типової моделі стали органи

самоврядування і кваліфікаційного оцінювання/дисциплінарної відповідальності: 1) судів – збори суддів (зібрання суддів відповідного суду), Рада суддів України і З'їзд суддів України; ВККСУ і ВРП; 2) прокуратури – всеукраїнська конференція прокурорів, Рада прокурорів України, КДКП. Аналогічні антикорупційні заходи вживаються органами внутрішнього контролю / дисциплінарними комісіями НАБУ (статті 27-29), ДБР (статті 24-25); поліцейськими комісіями й атестаційними комісіями Національної поліції України (статті 51, 57). Прогресивними заходами антикорупційної боротьби вважається унормування впливу інститутів відкритого громадянського суспільства на суддів і правоохоронців, а саме:

1) обрані Зборами представників громадських об'єднань (скликаних Головою ВККСУ) 20 членів Громадської ради доброчесності при ВККСУ (ст. 87);

2) ради громадського контролю при НАБУ і при ДБР (по 15 членів; статті 31 і 28 відповідно);

3) громадський контроль поліції як доповнення положень Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» 22.06.2000 № 1835-III;

4) делегування громадськими об'єднаннями, що мають досвід роботи у сфері запобігання корупції, половини складу конкурсної комісії з обрання членів НАЗК (п. 5 ч. 4 ст. 5);

5) здійснення громадського контролю за діяльністю НАЗК через Громадську раду при НАЗК, яка утворюється та формується КМУ за конкурсом (ч. 2 ст. 14) й участь громадських об'єднань, окремих громадян в заходах щодо запобігання корупції (ст. 21);

6) сприяння волонтерів органам пробації у здійсненні нагляду за засудженими та проведенні з ними соціально-виховної роботи (ст. 20).

Способів протидії корупції торкнулися такі законодавчі новації як перевірки на доброчесність і моніторинг способу

життя працівників з метою встановлення відповідності рівня життя працівника майну і доходам цього працівника та його членів сім'ї згідно з майновою декларацією особи: НАБУ і ДБР (статті 29 і 24 відповідно); щорічна таємна перевірка доброчесності прокурорів підрозділами внутрішньої безпеки (ч. 5 ст. 19). Дедалі більш мінливі і нестабільні суспільні відносини у сфері протидії корупції, накладають помітний відбиток на всі аспекти структурування права⁵² відповідних галузей, у т. ч. у вигляді низки правових новацій Закону України «Про запобігання корупції», що стосуються судів та усіх правоохоронних органів як суб'єктів, так і об'єктів впливу, наприклад, антикорупційні програми (ст. 19). У цьому законі також зустрічаємо низку комплексних інститутів, що складають зміст досліджуваної типової моделі антикорупційного механізму роботи публічної влади, а саме: процедури участі громадськості в заходах щодо запобігання корупції; обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища, одержання подарунків та іншої неправомірної вигоди, сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, спільної роботи близьких осіб, конфлікту інтересів, етичної поведінки, фінансового контролю та ін. Утім, на жаль, їхній зміст тільки окреслено, проте чітко й однозначно не виписано.

Отже, відзначається, що однією з основних інституційних недоліків в сфері державної служби є відсутність достатніх механізмів попередження та протидії корупційним правопорушенням⁵³. Наявна антикорупційна модель організації вітчизняних судів та правоохоронних органів в умовах розбудови відкритого суспільства передбачає трансформації відносно суб'єктів (конкурсний відбір і кваліфікаційні вимоги,

⁵² Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовом развитии (от познания к постижению права) : монография. О. : Юрид. лит., 2001. С. 8-9.

⁵³ Костюк В. Л. Институційні новації державної служби через призму новітнього законодавства: науково-теоретичний аспект. *Наукові записки НАУКМА: Юридичні науки*. 2016. Т. 181. С. 30.

виборність на строк керівників, формування органів самоврядування, дисциплінарна відповідальність і контроль, залучення громадськості) та способів впливу (перевірки на доброчесність і моніторинг способу життя працівників). Усі ці складові типові для усіх вищезазначених законів про суди і органи правопорядку. Водночас в одному профільному відносно запобігання корупції законі вміщено величезну кількість інститутів, що стають частиною антикорупційної політики відносно усіх органів публічної влади. Ці положення не знаходять належної кореляції з профільними законами у сферах судоустрою і правоохоронної діяльності, що, звісно, знижує їхню ефективність в аспекті протидії корупції. Не виваженим виглядає застосування різних підходів подачі нормативного матеріалу у проаналізованих правових актах, наприклад, у законах про прокуратуру і ДБР відбувається перехід від функцій до структури, а у законах про НАБУ і національну поліцію навпаки. Охарактеризована нами модель рельєфно демонструє архаїчність правових положень про СБУ і податкову міліцію, суперечності концепцій реформування кримінальної юстиції різних років (2004, 2008, 2012, 2014), прогалини у механізмах контролю доброчесності державних і приватних виконавців. За всіх безспірних переваг наявної нині антикорупційної моделі організації вітчизняних судів та правоохоронних органів, окреслені недоліки призводять до не виконання низки законів і виключають елімінацію корупційних ризиків з публічно-правової сфери відкритого суспільства на рівні, що забезпечує сталий розвиток України. Враховуючи зазначене, переконані, що належне врахування законодавцем досягнень правової доктрини, яка адекватно відображає прогресивні тенденції світогляду громадян, обумовить ефективну дію актуалізованої в межах цього дослідження антикорупційної моделі.

1.2.3. Когнітивний потенціал семасіологічного інструментарію у процесах антикорупційних трансформацій публічного права

Корупція залишається домінуючим негативним трендом / тенденцією життя в Україні, що суттєво гальмує його розвиток, закриває соціальні простори і можливості для прогресу. Наприклад, у 2017 р. ВВП України зросло на 2,2% і складало 112,2 млрд доларів США, при цьому 2% ВВП втрачено на корупційні схеми.

Водночас, за цілком слушною оцінкою Ю. Кармазіна, наявні правоохоронні органи у питаннях протидії корупції та боротьби з нею діють неадекватно Конституції України та обставинам фактичних відносин, самі ці питання вирішуються безсистемно⁵⁴. Налагодження ефективної роботи у цій сфері розпочинається з осмислення і правильного, однамнітного розуміння концепту «корупція» та усіх інших її засадничих понять. Єдність правозастосовної практики при застосуванні антикорупційного законодавства є надзвичайно важливою під кутом зору дотримання принципів рівності всіх перед законом і судом та справедливості. На жаль, часто діяльність із запобігання корупції здійснюється не у повній відповідності до закону – як через неправильне розуміння або завідоме спотворення змісту закону окремими суб'єктами його застосування, так і через вади самого закону⁵⁵.

Розуміння феномену корупції передбачає врахування його багатогранності, а саме: усієї сукупності його суттєвих і другорядних ознак; оціночності низки його складових елементів і проявів як у часі, так і у соціальних прошарках; позитивних і негативних наслідків; особливостей існування в політичній, правовій, економічній та інших сферах життя;

⁵⁴ Інтерв'ю з Ю. Кармазіним 09.05.2018 о 20-45 на телеканалі «ЗІК». URL : <https://zik.ua/tv/video/156105>.

⁵⁵ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М. І. К. : Ваіге, 2018. С. 29.

філологічні (семасіологічні номінації та ін.), антропологічні, психологічні та соціологічні виміри його природи. Юридичний вимір усіх цих параметрів виражений в аб. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII: корупція – використання особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки / пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка / пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Серед основних рис корупції, які виокремлено парламентом у цьому понятті, виокремлюємо такі:

1) уповноваження на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (державних службовців, посадових осіб, суддів та ін.);

2) можливості, що пов'язані зі здійсненням службових повноважень;

3) одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки / пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка / пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам;

4) примушування особи до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей.

Це технічне по суті поняття «корупція» і подане його визначення у законі є тільки орієнтиром для національної поліції, НАБУ, суддів та інших правозастосовників. Розгорнуте і повне

осмислення концепту «корупція» вимагає глибокого теоретичного аналізу, у тому числі через співставлення тих визначень феномену корупції, що містяться у наявних науково-практичних коментарях профільного закону, а саме:

- соціальна, а не індивідуальна, патологія, це соціальний феномен;

- наслідок зіткнення універсальних бюрократичних норм і особливих культурних цінностей;

- відхилення від праведності та вірності при виконанні обов'язків – це найперше в сучасному розумінні визначення корупції, 1425 р.;

- злочин проти суспільного блага, проти держави, проти державного управління;

- руйнування інтелектуальної доброчесності через формування громадської думки чи позиції не на підставі фактів, а на підставі суб'єктивних і некоректних переконань, емоцій і уявлень;

- один з природних наслідків намагань системи поповнити чи запозичити капітал легітимації, який поступово і невпинно втрачається традиційними потестарними інститутами постмодерної держави;

- у постмодерній державі форми толерованого несправедливого розподілу благ через неформальні канали та мережі;

- стратегія виживання і пристосування постмодерної держави до нових умов і утримання легітимності в тих суспільствах, де вона стала панівною, веде до виникнення паралельних, а подекуди тіньових потестарних мереж; стратегічні засіб / основа протидії змінам для держави; зловживання владою, на викорінення чого спрямовані як вся ідея модерного конституціоналізму так і юридична, політична і моральна сила принципу верховенства права, є тим підґрунтям, на якому виникає і існує соціальна патологія корупції;

- безпосередня загроза демократичному правопорядку і конституційному ладу;
- потестарна система, яка пручається новій суспільній реальності через толерований розподіл благ в обхід публічних інститутів, що несуть відповідальність перед суспільством⁵⁶.

Подібні визначення також стають потрібною часткою доктринального обґрунтування, а саме: корупція є одним з основних чинників, які створюють реальну загрозу національній безпеці та демократичному розвитку держави, вона негативно впливає на всі сторони суспільного життя: економіку, політику, управління, соціальну та правову сфери, громадську свідомість, міжнародні відносини надзвичайно важливий недолік функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування, усунення якого потребує активної участі як самих громадян так і держави в цілому, в тому числі й шляхом формування Концепції загальнодержавної політики, направленої на запобігання та протидію корупції⁵⁷; корупція може проявлятися в різних формах, але найбільш небезпечними з них є вчинення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, посадових злочинів: зловживання владою або посадовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, одержання хабара та розкрадання державного або громадського майна шляхом зловживання службовим становищем. Корумпований державний службовець нерідко діє в межах своєї компетенції, при цьому порушуючи етичні, адміністративно-правові та інші норми поведінки; в основі корупції лежать такі вікові традиції взаємовідносин у суспільстві, як «послуга за послугу», «ти мені – я

⁵⁶ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М. І. К. : Ваіте, 2018. С. 4-23.

⁵⁷ Чопик Н. В. Діяльність комітетів Верховної Ради України як складова забезпечення прав і свобод громадян у сфері запобігання корупції : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Ужгород, 2017. С. 3, 12.

тобі» тощо; латентність – її основна особливість; особливістю корупції в нашій країні є наявність домінуючих чинників не тільки матеріально-економічного характеру, але й ідеологічного, морального, а також загальної та правової культури⁵⁸.

Отже, концепт «корупція» первинний елемент системи успішного забезпечення доброчесності публічної влади в умовах трансформації публічного права відкритого суспільства. Він має набір обов'язкових якостей / ознак, що виявляють себе у різних вимірах суспільного життя, сегментах та їхніх комбінаціях, наприклад, політична інформаційна корупція полягає у рекламуванні / піару неіснуючих якостей і намірів політика, підміні його справжньої природи видимістю якостей потрібних суспільству, що відкрите прогресу. Законодавець описав такі складові частини корупції: суб'єкт; подвійна мета як елемент суб'єктивної сторони; об'єкт; засоби і діяння як об'єктивну сторону. Воно невиправдано ускладнено, громіздке, а тому й неоднозначно зрозуміле, з позиції надбань наук юридичної техніки та правової лінгвістики Для України корупція на всіх трьох рівнях – місцевому, регіональному і найвищому – ускладнюється процесом і наслідками війни з 2014 р.⁵⁹, а також зумовлюється тенденціями історико-культурного розвитку. Враховуючи доктрину, поняття «корупції» повинно бути уточнене за рахунок відображення усіх суттєвих елементів його природи позначуваного ним феномену, а також опису первинного ядра, деталей системи і видів цього явища, рухаючись від абстрактного до конкретного.

Для судової гілки влади такі перетворення набувають виключно важливого значення (порівняно з парламентом і виконавчою гілкою влади), оскільки судді виконують

⁵⁸ Хомишин І. Ю. Корупційні діяння як форма зловживання владою у сфері державної служби. *Вісник Нац-го ун-ту «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : зб. наук. праць.* 2015. № 824. С. 128-129.

⁵⁹ Berdal M., Malone D. Greed and Grievance: Economic Agendas in Civil Wars : A project of the International Peace Academy. London: Lynne Rienner, 2000. 260 p.

унікально високу соціальну місію – формують єдину соціальну інституцію, що здатна вирішити правові спори (непорозуміння громадян між собою), які виникають внаслідок недоліків (об'єктивних і суб'єктивних) роботи інших гілок влади. У системі складних взаємозв'язків означених вище трансформацій поняття «добročесність судді» ключове. І, як зазначено у аб. 5 п. 3 Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015, що на сьогодні система правосуддя не виконує поставлені перед нею завдання на належному рівні, у т. ч. через розповсюдженість корупційних явищ у сфері правосуддя; аб. 27 п. 3, функціонування прокуратури та кримінальної юстиції як суміжних правових інститутів також має свої недоліки, зокрема малорозвинені інструменти внутрішнього та зовнішнього контролю в рамках боротьби з корупцією. Відповідно трансформації системи судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів здійснюватимуться, з-поміж іншого, за напрямами:

- підвищення рівня ефективності роботи судових та правоохоронних органів у боротьбі з організованою злочинністю та випадками корупції (аб. 12 п. 4);

- забезпечення прозорості діяльності суддів за рахунок розробки відповідних механізмів контролю за доброчесністю, зокрема, через подання судьями та членами родини суддів розширених декларацій про майновий стан, доходи та видатки, упровадження пропорційних санкцій за неподання або надання неповної чи недостовірної декларації, чітке нормативне регулювання інституту функціонального імунітету судді;

- організацію дієвого й ефективного розслідування корупційних та інших серйозних правопорушень, скоєних судьями (п. 5.3);

– розробку внутрішніх механізмів підвищення відповідальності і протидії корупції в судовій системі та органах прокуратури (п. 5.10)⁶⁰.

За В. Федорович, поняття «добročесність» є словосполученням двох окремих слів – добро та чесність, як необхідних базових принципів діяльності кожного судді. Добročесність у діяльності судді чи працівника правоохоронного органу – це необхідна морально-правова складова його соціальної діяльності, яка визначає межу і спосіб його поведінки, що базується на дотримуванні етичних принципів і правил поведінки, шанобливого відношення до громадян та чесності у способі власного життя, виконанні своїх професійних обов'язків та розпорядженні державними ресурсами. Основні риси добročесної поведінки у сфері професійної діяльності судді і правоохоронця: професійна честь; гідність; справедливість; тактовність; професійний обов'язок. А ключовими категоріями цієї діяльності стають професійна моральна свідомість, моральна самосвідомість, моральна норма, моральні принципи, моральна діяльність, вчинки; морально-професійні відносини; моральна культура⁶¹. С. Глуценко наголосила, що ефективність правосуддя залежить насамперед від особистих чеснот судді. Із цим питанням тісно пов'язана добročесність, яка вважається позитивною моральною властивістю людини. Вона доречно звернула увагу, що ще за часів Античності та в наступні епохи мислителі переймалися порушеною проблемою: Сократ вважав, що чесноти, справедливість найцінніші у світі, так само як право й закони; Фулідід – де за добročесність дають найвищу нагороду, там урядують найкращі люди; Аристотель – від природи людині дано в руки зброю –

⁶⁰ Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схвалена Указом Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/en/276/2015>.

⁶¹ Федорович В. І. Теоретичне обґрунтування механізму відповідальності судді за недобročесну поведінку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10. Львів, 2015. С. 35, 189.

розсудливість і чеснотливість; І. Бентам – доброчесність – це протилежність користі, корисності, це пожертва власними інтересами заради спільної користі; Дж. Мур – критерій етичного значення поняття «доброчесність» той самий, що й поняття «обов'язок». Тому доброчесність – це глибока категорія, яка містить всі сторони моральності та, по суті, є трансформацією добра в професійну етичну сферу. Поєднання моральності та добра дає можливість окреслити правову площину доброчесності особи, а саме правові виміри компетентності, вимогливості до себе, безкорисливості, чесності, твердості, добросовісності. Це є основою професійного портрету судді, його психологічної готовності до здійснення правосуддя⁶² на тлі принципу верховенства права, що конкретизується, за влучними словами М. Козюбри, в ідеях законності, юридичної визначеності, рівності всіх громадян перед законом, недискримінації, доступу до правосуддя, незалежності правосуддя, пропорційності, обмеження дискреційних повноважень органів виконавчої влади та багатьох інших⁶³.

Законодавче впровадження критерію «доброчесності» за умови відсутності визначення цього поняття, чітких і вичерпних процедур встановлення відповідності цьому поняттю кандидатів на посаду судді та вже призначених на посади суддів зумовлює проблему ефективності його дії у системі механізмів антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства. Створення формально-визначених норм з питань організації судової влади та правоохоронних органів, залучення до них найбільш доброчесних і здібних людей неможливе без розуміння їхньої природи та сутності тісно пов'язаних із ними соціально-правових явищ;

⁶² Глущенко С. В. Новели судової реформи: поняття професійної етики та доброчесності в контексті кваліфікаційного оцінювання судді (кандидата на посаду судді). *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 6. С. 76.

⁶³ Козюбра М. І. Про проект оцінки верховенства права в Україні. 08.02.2018. URL : <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/mikola-kozyubra>.

правосуддя, справедливості, неупередженості, рівноправності, свободи, держави, публічної влади, прав людини та низки інших. Повне розуміння досліджуваної нами загальнотеоретичної природи правового явища вимагає з'ясування змісту не тільки його статичних елементів (сутності та змісту), але й його динамічного розвитку впродовж чіткого визначених проміжків часу, внутрішніх взаємозв'язків, закономірностей і тенденцій цього розвитку як цього явища самого по собі, так й у його тісних зовнішніх суттєвих взаємозв'язках з іншими соціально-правовими явищами.

У рамках теми дослідження звертаємо увагу на те, що «добročесність» не існує окремо від інших морально-правових характеристик людини, усі їхні загальні закономірності виникнення, функціонування і розвитку поширюються також щодо цього окремо взятого феномену. Тобто розуміння природи досліджуваної якості відбувається за рахунок відомостей про зазначені закономірності морально-правових рис людини як таких у цілому. Із цих загальних рис морально-психологічного портрету людини виникає матриця окреслення специфічних рис «добročесності» в контексті природно-правового підходу, а саме: вірність відчуття свого соціального покликання, розуміння змісту своєї гідності як сукупності унікальних особистісних властивостей та інші. Ці базові психологічні риси, що розкривають моральні, естетичні, інтелектуальні, вольові, чуттєві (емоційні) та інші виміри особистості судді стають основою професійних якостей, які формуються у особистості історично під час соціалізації в межах функціонуючих в країні інститутів. Враховуючи зміст функцій судді, серед зазначених якостей важливими стають виключне тонке та загострене відчуття справедливості та можливостей її забезпечити, врівноваживши суперечливі інтереси сторін; проникливе й глибоке мислення; виключна витримка й здатність співчувати та відчувати. При цьому такі риси в

історичній перспективі виявляють послідовність та закономірність їхнього розвитку, зокрема, у вигляді отримання належного загартування почуттів, емоцій, інтелекту і волі під час соціалізації, у т. ч. здійснення юридичної практичної діяльності. Органічність нашарування на особистісні якості потрібних для судді професійних якостей, природа та зміст останніх, прийнятні комбінації таких нашарувань, прогнози динаміки розвитку особистості та професіонала в різних критичних умовах провадження правосуддя та здійснення інших функцій судової влади, оцінки реакцій на неправомірні спокиси свідомості майбутнього судді і подальші її трансформації стають очевидними тільки під час спроб дослідника встановити природність переходів якостей з одних станів в інший, кількості у якість і т. п.

Отже, доброчесність в умовах антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства ключова якість особистості, яка професійно здійснює правосуддя та виконує інші суміжні функції (інтерпретаційну, судового контролю, виховну та ін.) або правоохоронні повноваження, що характеризує природу її душі як добру і чесну, домінуючу у будь-яких суттєвих практичних виявах результатів роботи і трансформацій інтелекту, волі, почуттів, емоцій і/або їхніх комбінацій. Практична реалізація суб'єктивної можливості людини на доброчесну професійну самореалізацію у суддівській і правоохоронній діяльності передбачає розвиток через систему соціальних інститутів сукупності особистісних та професійних якостей на рівні, який дозволяє цілком обґрунтовано стверджувати, що претендент на відповідну посаду або діючий суддя / правоохоронець найкращим чином, порівняно з усіма іншими, буде виконувати / виконує високу соціальну місію у суспільстві, і своїм доброчесним прикладом надихає своїх колег та інших громадян діяти в межах чинного правопорядку, а у підсумку в межах своєї

відповідальності сприяє соціальному поступу у вигляді антикорупційних та інших позитивно-перспективних трансформацій публічного права відкритого суспільства. Такі твердження повинні бути засновані як на об'єктивно існуючих правових реаліях становлення особистості, так й стати результатом максимально адекватної оцінки з боку членів кваліфікаційної / атестаційної чи іншої відповідної комісії, що здійснює відбір кандидатів на посаду судді, працівника правоохоронного органу та подальшу оцінку їхньої доброчесності під час професійної діяльності.

Порушена проблематика змін правових інститутів публічної влади задля їхнього доброчесного та, як наслідок, результативного й ефективного функціонування у практичній площині продовжує залишатися актуальною для України, де з 2014 р. відбуваються динамічні трансформації законодавства та суб'єктів правозастосування. За індексом сприйняття корупції (Corruption Perceptions Index, CPI) Україна отримала 30 балів зі 100 можливих за 2017 рік і посіла 130 місце (зі 180 країн), майже жодним чином не покращуючи цей показник порівняно з попередніми роками, наприклад: 2016 р. – 29 балів, 2015 р. – 27 балів, 2014 р. – 26 балів, 2013 р. – 25 балів, 2012 р. – 26 балів, 2011 р. – 27 балів⁶⁴.

Лексичні зв'язки слів основних понять коментованого закону дозволяють нам зарахувати їх до типу спеціальної юридичної термінології. Оскільки специфіка терміна, як особливого виду слова, полягає перш за все в особливостях його семантичної структури, то, на відміну від вищезазначених ключових понять, для характеристики терміну і дефініції поняття «механізм антикорупційних трансформацій публічного права» важливо підкреслити те, що він є терміном-словосполученням з 5 лексем, багатоконпонентним або ж

⁶⁴ Сприйняття корупції 2017–2011. URL : https://ti-ukraine.org/ti_format/doslidzhennya/cpi/.

концептуальним об'єднанням слів⁶⁵, де кожен компонент має семантично чітко окреслені власні прями та номінативні значення. Потреба у використанні таких термінів поряд із одиничними термінами все ж таки очевидна, якщо багатоконпонентний термін відповідає універсальним вимогам терміносистеми (однозначності, нормативності, економічності та ін.)⁶⁶. Слово «механізм» у досліджуваному понятті означає, що ми конструємо більшість теоретичних схем протидії корупції не за рахунок схематизації досвіду (через емпіричний досвід, приклади, життєві ілюстрації тощо), а методом трансляції абстрактних об'єктів, які запозичуються з раніше сформованих областей знання і з'єднуються з новою «сіткою зв'язків». Через механізм забезпечуємо обґрунтування ознак абстрактних об'єктів гіпотетичних моделей і перетворення їх в теоретичні схеми взаємодій у всіх вразливих до корупції областях, у першу чергу у публічно-правовій. Як слушно підкреслив О. Карагодін, що суб'єкт управління, (наприклад, НАЗК або інші органи державної виконавчої влади), що орієнтується на інтуїцію, стає заручником випадковості, і з погляду статистики його шанси на правильний вибір не досить високі. В основі рішень, заснованих на судженнях, лежать знання й осмислений досвід минулого, а саме: з поправкою на актуальну ситуацію, вибирається той апробований теоретичний варіант, що приніс найбільший успіх у схожій ситуації за старих часів; додаються методи економічних аналізу, обґрунтування й оптимізації. Наприклад, математичний метод в економічних розрахунках⁶⁷ втрат від корупції в Україні за наслідками господарювання у 2017 р. на рівні 2% від ВВП

⁶⁵ Вербенец М. Б. Юридична термінологія української мови : історія становлення і функціонування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. філол. наук : 10.02.01. Київ, 2004. С. 12.

⁶⁶ Там само. С. 14.

⁶⁷ Карагодін О. В. Розвиток механізмів прийняття та реалізації управлінських рішень в системі державного управління: дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. Маріуполь, 2015. С. 88-89.

(2 млрд дол. США) дозволяє ухвалювати низку тактичних та стратегічних рішень щодо розробки та ухвалення нових антикорупційних правил, економічної доцільності проведення відповідних наукових досліджень, динаміки зростання виробництва та добробуту громадян.

Найбільш поширеним для правників стало використання охарактеризованого слова у складі поняття «механізм правового регулювання». У теорії держави та права під ним розуміють: взяту в єдності систему правових засобів (норми права, суб'єктивні права і юридичні обов'язки, рішення судів тощо, об'єктивовані в правових актах), способів (дозволяння, зобов'язування, заборона) і форм (використання, виконання, додержання, застосування), за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, задовольняються інтереси суб'єктів права, встановлюється і забезпечується правопорядок («належне» в праві стає «сущим»)⁶⁸; порядок упорядкування суспільних взаємозв'язків, коли в результаті правового впливу учасники соціальних відносин набувають взаємозумовлених прав та обов'язків⁶⁹. Звісно механізми правового регулювання розщеплюються на різновиди за галузями права і доповнюють інші механізми реформування / трансформацій суспільного життя, зокрема адміністративні, економічні, інформаційні, моральні та інші інструменти, що сукупно забезпечує потрібні ефекти.

Деривації понять як «механізму», так й «механізм правового регулювання», «механізм ухвалення управлінських рішень» численні й часто зумовлені необхідністю номінації динаміки руху у конкретній сфері життя, в нашому випадку правового, антикорупційного. У цьому контексті варіації

⁶⁸ Скаун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. С. 498.

⁶⁹ Табарин И. В. Современная теория права : новый научный курс : монография. М. : Издание автора, 2008. С. 95.

зумовлені концептуальним цілепокладанням номінації та розкриттям змісту ключових елементів досліджуваного явища, а саме: корупції – як деструктивної системи соціальних зв'язків відносно діючих на даній території правових норм і пануючої моралі, що характеризуються використанням посадових повноважень для одержання матеріальної і (або) нематеріальної вигоди⁷⁰. Протидія цьому явищу передбачає вживання слова корупція з приставкою «анти-», у поєднаному вигляді стає дескриптором усього терміну і специфіки змісту досліджуваного поняття. Це поняття характеризує наскрізний характер правових засобів (норми права, права і обов'язки, акти правозастосування), способи і форми, які застосовуються суб'єктами права задля переведення нормативності права у доброчесну упорядкованість суспільних відносин, що покликане задовольнити публічні і приватні інтереси учасників цих відносин, забезпечити правопорядок. Державно-правовий механізм протидії корупції визначають як сукупність взаємопов'язаних елементів, що утворюють його структуру, спрямовані на досягнення основної мети його функціонування – уповільнення темпів зростання корупції, зменшення її обсягів, установлення й припинення її виявів, поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь. Вважаємо, що цей механізм має такі елементи: 1) принципи протидії корупції; 2) об'єкти й рівні протидії корупції; 3) суб'єкти корупційних діянь та інших правопорушень, пов'язаних із корупцією; 4) органи протидії корупції; 5) заходи й засоби забезпечення протидії корупції⁷¹.

⁷⁰ Гевелинг Л. В. Клептократия. Социально-политическое измерение коррупции и негативной экономики. Борьба африканского государства с деструктивными формами организации власти. М. : Изд-во «Гуманитарий» Академии гуманитарных исследований, 2001. С. 10.

⁷¹ Бездольний М. Ю. Державно-правовий механізм протидії корупції. Форум права. 2009. № 2. С. 38, 42-43.

Слово «трансформації» (зміни, реформи, ефекти, структурні зрушення⁷² тощо) у цьому понятті додає ознаку динамічності у статичне по суті поняття «механізм правового регулювання». Ним маркуємо основні ситуації, що характеризують процес розвитку норм публічного права на основі відображення відомостей правової доктрини щодо взаємодії картини світу і досвідчених фактів, формування первинних теоретичних схем і законів, становлення розвинутої теорії (в класичному і сучасному варіантах) з питань доброчесності, непідкупності, совісті, правової культури. Соціальний фон, з яким антикорупційна система перебуває у нерозривному зв'язку, рухливий. Він сприяє можливості виявлення механізмів соціальної динаміки (організації і самоорганізації). Соціальний контекст надає праву нестійкого суперечливого характеру, власне конфліктну природу процесу функціонування правових системних утворень, зумовлюючи існування необхідних чинників для самоорганізації у сферах правотворення й правореалізації⁷³, у т. ч. правозастосування владних публічних суб'єктів, і регулятивну діяльність приватних суб'єктів, яким делеговано публічно-владні повноваження⁷⁴, що обумовлює характер співвідношення організаційного й самоорганізаційного механізмів у процесі впровадження антикорупційних реформ публічно-правової сфери суспільних відносин.

Звуження змісту / обсягу поняття «механізм антикорупційних трансформацій» відбувається в межах нашого дослідження через додавання до нього сфери публічно-правових суспільних відносин. Виключаючи приватно-правові норми для цих відносини, застосуванню підлягає підсистема права,

⁷² Карагодін О. В. Розвиток механізмів прийняття та реалізації управлінських рішень в системі державного управління: дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. Маріуполь, 2015. С. 105.

⁷³ Кривцова І. С. Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні: дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2008. С. 129.

⁷⁴ Івнева Е. В. Практика использования права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2006. С. 20.

яка регулює відносини, пов'язані з діяльністю публічної влади традиційно у сферах її формування й здійснення, зокрема у сфері кримінальних та інших юрисдикційних (примусових) проваджень. Отримуємо, що пропоноване нами поняття охоплює антикорупційні зміни публічно-правових відносин, які пов'язані з реалізацією органами публічної влади (в силу їхнього спеціального правового статусу; у т.ч. через примус) загального антикорупційного інтересу суспільства, який спирається на підтримку і захист права (публічного інтересу)⁷⁵, врегульованого нормами конституційного, адміністративного, кримінального галузей права.

Отже, позначуване багатокомпонентним терміном «механізм антикорупційних трансформацій публічного права» у відкритому суспільстві поняття означає систему інструментів (засобів) та діяльності суб'єктів, які через низку відповідних операцій, в межах стадій конструктивного створення на рівні теорії і подальшого практичного впровадження розроблених об'єктів (ідей, норм, концепцій, теорій тощо) попереджають корупцію і забезпечують сталу доброчесність у сфері публічно-правових відносин, що зумовлює відкритість суспільства для впровадження прогресивних ідей у реальне життя. Дескриптором виступає слово «антикорупційний». Ця дефініція складова множини понять антикорупційної терміносистеми. Нині в антикорупційному законодавстві можна спостерігати тенденцію до збільшення багатокомпонентних словосполук, якими позначаються нові правові поняття високого і дуже високого рівня абстрактного мислення. У цьому зв'язку насторожує також некритичне використання зарубіжного досвіду та його прийнятність для України.

⁷⁵ Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К. : Ваіге, 2015. С. 145; Банчук О. А. Проблема розмежування публічного і приватного права у правовій думці України XIX – початку XX століття : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. С. 185-187.

1.3. Незалежність, добросовісність та інші елементи ефективних антикорупційних трансформацій публічного права: на прикладі правоохоронної діяльності та роботи судів

1.3.1. Незалежність спеціального антикорупційного правоохоронного органу

Україна обрала варіант формування спеціального правоохоронного органу з протидії корупції, оскільки наявні відповідні передумови, що історично глибоко вкоренилися у соціальних практиках українського суспільства. Наразі, згідно із Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» № 1698-VII від 14.10.2014 р., в нашій країні функціонує державний правоохоронний орган, на який покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових. За ч. 5 ст. 216 детективи НАБУ здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями 191, 206-2, 209, 210, 211, 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410 Кримінального кодексу України, якщо наявна хоча б одна з таких умов: 1) злочин вчинено: народним депутатом України або іншою посадовою особою найвищих та вищих органів публічної влади; керівником суб'єкта великого підприємництва, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків; 2) розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір мінімальної заробітної плати, встановленої законом на час вчинення злочину; 3) злочин, передбачений ст. 369,

ч. 1 ст. 369-2 ККУ, вчинено щодо службової особи, визначеної в ч. 4 ст. 18 ККУ або в п. 1 цієї частини.

Згідно зі звітом НАБУ⁷⁶ та повідомленнями ЗМІ, його успіхи сповільнюються неправомірним втручанням політичних сил та діючих представників органів публічної влади високих ланок, зокрема народних депутатів та міністрів КМУ. Більше того, завершені досудові провадження НАБУ не мають судових рішень про притягнення до кримінальної відповідальності, що, звісно, викликає нерозуміння сенсу такої роботи НАБУ та відчуття його неефективності у свідомості пересічних громадян України. Згідно зі звітом НАБУ, за 2 роки НАБУ (наразі воно сформоване на 90%, у штаті 650 працівників, усі 3 територіальні управління запущені – у Львові, Харкові та Одесі): 1) викрило на корупції понад 300 осіб, стосовно 165 із них справи вже передані до суду, у т. ч. відносно голови Державної фіскальної служби; голови Рахункової палати, низки керівників державних підприємств (більшість підозрюваних – це топ-менеджери великих державних підприємств); 2) завершене досудове розслідування щодо колишнього голови Комітету Верховної ради України з питань ПЕК; 3) найпоширенішим злочином є привласнення, розтрата державного майна (ст. 191 ККУ); 4) відшкодовано збитків на суму понад 250 млн грн це пряме відшкодування у ході розслідувань, з них 117 млн грн – за друге півріччя 2017 р.; 5) превентивна робота – вдалося попередити розкрадання майже 2 млрд грн, з яких 1,5 млрд – у сфері енергетики; у процесі конфіскації зараз перебуває ще майже 680 млн грн.; 6) юристи НАБУ подали 35 позовів про визнання угод недійсними (це угоди, пов'язані з кримінальними провадженнями, укладання яких фактично було інструментом для реалізації корупційної

⁷⁶ Стенограма виступів Директора НАБУ А. Ситника та Керівника САП Н. Холодницького в рамках прес-брифінгу на тему «Презентація звіту про діяльність НАБУ за II півріччя 2017 р.» (08.02.2018) URL : <https://nabu.gov.ua/verbatims/stenograma-vistupiv-direktora-nabu>.

схеми) на загальну суму – 6 млрд грн., наразі 28 позовів судом задоволено, у 15 з них ухвалені остаточні рішення судом касаційної інстанції; на підставі позовної роботи на користь держави стягнуто 130 млн грн.; 7) дія принципу глобалізації у сфері протидії корупції – НАБУ і САП скерували майже 300 запитів до 57 країн світу задля встановлення обставин злочинів; 130 з них виконано; Латвія, Кіпр, Австрія, Велика Британія та Швейцарія – ТОП-5 країн, де залишили свій слід українські корупціонери, і до компетентних органів яких НАБУ зверталось найчастіше.

Відносно наявних передумов і політико-правової ситуації функціонування НАБУ виникають підстави вважати, що цей орган працює у незавершеній системі протидії корупції, де достовірно, всебічно та іншим чином (відповідно до правових принципів кримінального процесу) доведені факти корупції завершуються винесенням остаточного, як то кажуть «правосудного», судового рішення. По-друге, існує невирішена проблема політичної забарвленості і/або кон'юнктурності справ, які розслідує НАБУ, а саме: не вбачається повсюдне поєднання ідей справедливості та рівноправності у протидії корупційним діянням всіх, а не тільки тих, відносно кого неофіційно дозволено і/або замовлено досудове розслідування. Іншими словами, або всіх корупціонерів притягати до відповідальності, або нікого, вибірковий підхід до обвинувачень у корупції – це цивілізаційна безвихідь для будівників відкритого прогресу суспільства. По-третє, варто врахувати і виконати усі рекомендації із забезпечення незалежності НАБУ успішного міжнародного експерта з питань організації та діяльності спеціальних органів правопорядку для боротьби з корупцією К. Кастресана Фернадеса, а саме: 1) постійно поглиблювати та розширювати міжнародну співпрацю – за напрямками отримання фінансування від ООН чи інших подібних за доброчесністю міжнародних організацій,

залучення міжнародних авторитетних фахівців, спостерегачів з визнаним рівнем компетентності, забезпечення безпеки працівників та їхніх родичів (у т. ч. через вивезення їх на проживання до інших країн, у разі загрози їхній безпеці); 2) посилювати безпеку працівників та їхніх родичів, їхню конфіденційність, щоб уникнути тиску через особисте життя; створювати (достатньої кількості, технічної оснащеності, організаційної свободи і потужності тощо) підрозділи, що забезпечують таку безпеку (на кшталт маленької армії), з чітко процедурно виписаною і дієвою (за необхідності оперативною) можливістю залучення регулярних частин армії; 3) підзвітність, підконтрольність тільки у чітко й детально виписаній процесуальній формі виключно найвищим посадовим особам (їх колегіальному органу), наприклад, міжнародного рівня – Генеральному секретарю ООН за його неможливості вплинути на розмір фінансування такого органу або подібним особам та інституціям (ЄС тощо); на національному рівні – спеціальній антикорупційній раді при президентові країни, керівника парламенту, уряду та найвищої судової інстанції і/або конституційного суду (на зразок Рада національної безпеки і оборони України); 4) перевірка на поліграфі/детекторі брехні у будь-який момент (не тільки перед прийняттям на роботу і/або з визначеною наперед періодичністю), негативні результати якої стають підставою для пильною уваги щодо доброчесності працівника; 5) перевірка професійних (особливо показників розкритих і доведених до суду справ) та особистих відомостей, випробувальний строк впродовж якого спостерігати за успішністю виконання доручень і потім брати до штату; 6) перманентний моніторинг способу життя (адже завжди зберігається ризик підкupu працівника) – відповідності статків співробітника та його родичів отримуваним ними доходам, у разі невідповідності (документально і логічно доведеної)

звільняти такого працівника; 7) мінімізувати ризик витоку інформації досудового розслідування – комплекси технічного захисту, системи шифрування для листування і мобільних дзвінків та ін.; 8) використання ресурсів громадянського суспільства (громадян, громадських організацій та інших об'єднань громадян, ЗМІ та ін.) – офіційно відкрито (у т. ч. у вигляді прес-конференцій) роз'яснювати громадянам, які саме підтримка і розуміння потрібно від них у конкретний час і для якої справи; 9) сформулювати як мінімум добросовісну більшість суддів у останній судовій інстанції – касаційному суді, верховному суді, антикорупційному суді тощо; врахувати, що на суддів місцевих судів завжди чиниться вплив (через залякування і т. п.) у справах по корупції, а тому треба надати їм процесуальну можливість передавати справу на розгляд до вищих судових інстанцій; 10) фінансування без залучення виконавчої гілки влади, щоб не ставати залежними від неї⁷⁷.

Отже, проілюстровано і визнано доцільність функціонування НАБУ, який хоча потужний і впливовий орган, проте є тільки частиною антикорупційної правоохоронної структури, що діє у інституціонально незавершеній конструкції антикорупційної юстиції. Зокрема, інститут досудового розслідування діє, а інститут судового слідства за великим рахунком не діє, що логічно викликає цілком виправдане обурення, нерозуміння і недовіру населення. Окрім цього, формально виписані у профільному законі нормативні маяки незалежності НАБУ хоча і є важливими, проте вони далекі від достатніх механізмів забезпечення по-справжньому незалежного НАБУ у відкритому суспільстві, особливо у справах боротьби з політично й економічно могутніми корупціонерами.

⁷⁷ Колишній прокурор, який відправив за ґрати президента Гватемали та переслідував Берлусконі, – про те, як Україні перемогти корупцію. 09 лютого 2016. URL : <https://nv.ua/ukr/publications/kolishnij-prokuror-jakij-vidpraviv>.

Тому ми пропонуємо посилити ці механізми нормами про додаткове фінансування НАБУ з фонду коштів (у т. ч. від продажу майна, що було отримано у вигляді хабарів), які стали предметом злочину розслідуваних ними справ, а також тими, що враховують рекомендації К. Кастресана Фернандеса з формування стійкої, належної інфраструктури і незалежних джерел фінансування. Залучення ресурсів відкритого громадянського суспільства передбачає доведення до населення інформації про межі об'єктивних можливостей зазначеного спеціального органу (у т. ч. про довгостроковий ефект роботи, відносну тривалість досудового розслідування справ, час на подолання об'єктивних перепон та опору корупціонерів тощо), про маркер плідної взаємодії з органами публічної влади не у вигляді конфронтації, а у формі оперативного винайдення способів порозуміння.

1.3.2. Роль поліції у реалізації антикорупційних реформ

Корупція залишається гострою проблемою для українського суспільства. Механізми протидії цьому негативному соціальному явищу відповідно неефективні. Поширення корупційних практик зумовлює суттєву дисфункцію державної влади, нівелюючи її інституційне значення. Корупційна враженість більшості ланок апарату держави підживлює правовий нігілізм, політичний популізм, профанацію, імітацію соціальної значущості діяльності органів державної влади⁷⁸, що зумовлює несприйняття суспільством прогресивних ідей, тобто його закритість, зокрема вразливість публічно-правових відносин у сфері національної безпеки.

⁷⁸ Ліховицький Я. О. Особливості механізму корупційної злочинної поведінки працівників Державної кримінально-виконавчої служби України. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2016. № 2. С. 63.

Протидія корупція стає ключовою умовою інтенсивного реформування сектору національної безпеки у напрямку забезпечення сталого розвитку духовної, економічної, політичної, правової та усіх інших сфер життя української нації. У цьому зв'язку, кожний адміністративний ресурс, який здатний зменшити цю проблему дуже важливий і потрібний нашому суспільству. Поліція незамінний орган правопорядку в середині кожної країни. В Україні цей орган наразі викликає з однієї сторони велику кількість нарікань від громадян, а, з іншої сторони, йому немає адекватних заміників та й приносить він помітно більше користі суспільству в сфері вирішення проблеми корупції, порівняно з іншими правоохоронними органами. Національна поліція базовий правоохоронний орган, що як стає об'єктом, так й суб'єктом впливу у відносинах підтримання стандартів доброчесності, виключення деструктивного впливу під час здійснення власної професійної діяльності. Її соціальне призначення полягає у застосуванні права через виконання: 1) темпорально первинних функцій – з охорони / підтримання правопорядку: а) превентивно-соціальної – превентивної і профілактичної; б) соціально-сервісної; в) реєстраційно-деліктної; г) контрольно-наглядової; д) охоронної; 2) темпорально вторинних (похідних) – *post delictum factum*, із захисту правопорядку від адміністративних і кримінальних правопорушень: а) адміністративно-юрисдикційної – адміністративно-процесуальної і адміністративно-деліктної – формальної і безпосередньо адміністративно-примусової (адміністративно-виконавчої); б) кримінально-процесуальної – оперативно-розшукової та слідчої; 3) комплексної – боротьба з корупцією, тероризмом та іншими видами злочинності⁷⁹.

⁷⁹ Городовенко В. В., Макаренков О. Л., Сантуш М. М. Судові та правоохоронні органи України: навч. посіб. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2016. С. 78-80.

Поряд з правовими принципами організації та діяльності, основні напрями діяльності будь-якого суб'єкта є основою для визначення його правового статусу та усіх інших елементів правових механізмів їхньої самореалізації в суспільстві. Відносно національної поліції визначення її складових у механізмах держави і права відбувається через встановлення системи і внутрішньої структури, системи вимог і гарантій до працівників, а також специфічно саме для цього органу: деталізація поліцейських превентивних, примусових та інших способів, засобів і методів (заходів) реалізації законних повноважень, застосування права. У діяльності поліції факт правопорушення стає підставою для правозастосування, де домінує примус, а факт делінквентної поведінки, яка не являє собою склад правопорушення, вимагає від них застосовувати закон із переважанням превентивних заходів. У цьому зв'язку, постають питання відмежування цих фактів один від одного, їхнього комплексного поєднання у свідомості поліцейського, співставлення з підходящими для цих обставин нормами закону, оцінки законів з позиції ідеї верховенства права. Проблему можна вирішити на ментальному рівні розвитку поліцейського, розвиток якого повинен дозволити здійснити абсолютно точні системні оцінки й інтерпретації окреслених предикатів. Додамо до цього, що правозастосування поліцейських часто пов'язане із застосуванням фізичної сили, спеціальних засобів і зброї для придушення неправомірного супротиву з боку злочинців, а тому разом з роботою інтелекту для поліцейського важливо майстерно володіти своїм фізичним тілом. Тільки за цих умов у нього з'являється шанс вдало виконати поставлене завдання, утверджуючи правопорядок, та вціліти, не допускаючи трагедій, подібних до подій у м. Дніпро: 25.09.2016 р., коли загинуло два поліцейських під час затримання злочинця;

05.11.2017 р. – п'ятеро поліцейських були поранені при затриманні квартирних злодіїв⁸⁰.

Зasadничі принципи (ідея верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави) застосовують з урахуванням практики ЄСПЛ у сфері дотримання прав і свобод людини; законності; відкритості та прозорості; політичної нейтральності; взаємодії з населенням на засадах партнерства; безперервності), завдань і функцій поліції, окреслених у відповідному профільному законі не дає нам повного уявлення про місце національної поліції у механізмі антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства. По-перше, це суспільство відкрите для впровадження у соціальну практику усіх прогресивних ідей, які генерують його члени. По-друге, саме антикорупційні трансформації в сфері публічного права стають важливою передумовою для соціального прогресу, тобто відкритості суспільства. По-третє, національна поліція в силу описаного функціонального навантаження об'єктивно втягнена у сфери дії кримінального й адміністративного права. Відповідно механізм кримінально-правової охорони – це певна система кримінально-правових засобів, до яких слід включити кримінально-правові норми (заборонні, роз'яснювальні, заохочувальні та обмежувальні) та методи кримінально-правової політики (криміналізація та декриміналізація, пеналізація та депеналізація), за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин⁸¹; механізм адміністративно-правового регулювання становить

⁸⁰ Убивство патрульних у Дніпрі: Всі подробиці трагедії 25.09.2016. URL : <https://www.5.ua/suspilstvo/126629>; У Дніпрі п'ятеро поліцейських були поранені при затриманні квартирних злодіїв 05.11.2017 р. URL : <https://www.unian.ua/incidents/2226209>

⁸¹ Кузнецов В. В. Кримінально-правова охорона: проблеми визначення поняття. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Вип. 30. Т. 2. С. 109.

собою сукупність правових засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин у сфері адміністративного права⁸². Ці обидва види механізму дії права в особі поліцейських здійснюють вплив на свідомість та поведінку суб'єктів, з метою забезпечення дії правових законів (закону і верховенства права), адже механізм правового регулювання як такий – це абстрактно-загальна правова регуляція, конкретизована та індивідуалізована стосовно до конкретно-визначеного випадку (і форми) прояву юридичної сили діючого права⁸³. Отримуємо, що національна поліція стає інститутом, що застосовує ці засоби, але у сфері кримінального права вони виявляють домінуючі функції охорони та захисту, а у галузі адміністративно-правових відносин – домінують функції сервісу, превенції, нагляду, фіксації деліктів, звісно, в межах загального напрямку охорони суспільних відносин від руйнування, у т. ч. від корупції.

Упродовж 2015–2017 років Міністерством ініційовано та здійснено ряд організаційно-правових реформаційних заходів, спрямованих на зниження рівня корупції в системі МВС, у тому числі інституційного змісту. Утворено Національну поліцію, до якої за результатами прозорого конкурсу набрано новий склад працівників, орієнтованих на нетерпимість до проявів корупції. Затверджено нову структуру апарату МВС, у складі якої утворено Управління запобігання корупції та проведення люстрації як уповноважений підрозділ МВС з питань запобігання та виявлення корупції. Відповідно до звіту Управління запобігання корупції та проведення люстрації за 9 місяців 2018 р. у діяльності МВС спостерігаються наступні корупційні ризики: 1) управління матеріальними

⁸² Коломоець Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. К. : Юрінком Інтер, 2011. С. 32.

⁸³ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов. М. : Норма-Инфра, 1999. С. 476.

ресурсами – можливі завищення потреби в матеріальних ресурсах, їхнє використання не за призначенням або в завищених обсягах, їхнє безпідставне списання; 2) управління фінансами – необґрунтоване внесення змін до розпису та кошторису; 3) публічні закупівлі – дискреційні повноваження щодо визначення постачальників товарів, робіт та послуг при здійсненні допорогових закупівель. Можливість поділу товару з метою здійснення закупівлі без застосування системи ProZorro; 4) недоброчесність посадових осіб, які входять до складу тендерного комітету. Дискреційні повноваження під час підготовки тендерної документації щодо її формування під конкретного постачальника; 5) організація роботи із запобігання та виявлення корупції – перевантажена процедура обробки та реєстрації працівниками УЗКПЛ МВС повідомлень від викривачів про можливі корупційні або пов’язані з корупцією правопорушення; неврегульованість процедури опрацювання працівниками УЗКПЛ МВС повідомлень від викривачів про можливі корупційні або пов’язані з корупцією правопорушення, які надходять на електронну адресу anticor@mvs.gov.ua; 6) управління персоналом – надання посадовою особою переваги кандидатам на вступ до закладів вищої освіти через вплив третіх осіб; 7) ліцензування та дозвільна діяльність – використання службового становища посадовою особою при здійсненні заходів державного нагляду (контролю), неповідомлення посадовою особою про наявність конфлікту інтересів при проведенні перевірки; надання посадовою особою Управління переваги здобувачам ліцензій та ліцензіатам (керівникам чи уповноваженим ними особам) під час особистого прийому заяв про отримання, переоформлення ліцензій на провадження господарської діяльності; відсутність взаємодії МВС та Національної поліції України щодо проведення документування адміністративного правопорушення суб’єктом господарювання під час проведення контролюючих

заходів; 8) надання адміністративних послуг – вплив посадових осіб сервісних центрів МВС або інших осіб на результат складання іспитів на отримання права керування транспортними засобами, на процедуру надання послуг сервісними центрами МВС; 9) контрольно-наглядові функції – недосконалість та непрозорість існуючої системи документообігу в МВС; можливе дублювання функцій після реорганізації структури апарату МВС окремими його структурними підрозділами в частині взаємодії з Національною гвардією, центральними органами виконавчої влади, діяльність яких спрямовує і координує Міністр внутрішніх справ; неврегульованість проведення МВС контрольних заходів стосовно діяльності суб'єктів, що належать до системи МВС. УЗКПЛ як структурний підрозділ МВС розробляє антикорупційну програму та здійснює контроль за станом її виконання, виявляє ризики вчинення корупційних правопорушень, контролює виконання актів законодавства з питань етичної поведінки серед співробітників апарату МВС, здійснює моніторинг способу життя службових осіб апарату МВС, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище та які займають посади, пов'язані з високим рівнем корупційних ризиків, перелік яких затверджується Національним агентством, забезпечує у встановленому порядку обмін інформацією з компетентними органами, у сфері запобігання корупції. До складу Управління входять відділи, на які покладені функції з інформаційного, контрольно-аналітичного (інспектування), профілактичного та режимно-секретного забезпечення його діяльності.

Отже, місце і роль національної поліції у механізмі антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства визначається через її функціональну спрямованість у межах стадії правозастосування у реалізації права і примусу до такої реалізації інших суб'єктів права, зокрема у сфері протидії корупції. Водночас виконання покладених на

поліцію функцій не відбувається належним чином і з невідповідними втратами особового складу без ґрунтовної та перманентної підготовки поліцейських з допомогою висококваліфікованих фахівців. Особливістю правоохоронної ролі поліцейських є необхідність застосування ними низки заходів превентивного і примусового характеру, що неможливо без достатнього розвитку їхніх інтелекту, фізичного тіла, духу і душі. Більше цього, роль національної поліції в сфері протидії корупції та сприяння соціальному прогресу виконується і підсилюється належною роботою інших правоохоронних органів, якісним законодавством, правомірними правозастосовними практиками судів та публічної адміністрації, а також ефективним захистом державою національних інтересів у зовнішніх відносинах, що особливо актуально у нинішніх умовах глобалізації та посилення негативного впливу транснаціональних корпорації та міжнародних злочинних угруповань, діяльність яких може зводити нанівець будь-які благородні наміри та дії професійних поліцейських в середині країни.

Проблема корупції у правоохоронних підрозділах фіскальної служби зумовлена природою суспільних відносин, у які вона втручається. Установивши факт правопорушення посадові особи цієї служби автоматично зіштовхуються як мінімум з 2 викликами: 1) взяти чи не взяти майнову / немайнову вигоду від правопорушника, а натомість припинити розслідування справи; 2) або складнощами завершення досудового розслідування справи і доведення її до затвердження обвинувального висновку постановою прокурора і/або до суду. За умови реалізації першого варіанту, спокуса неправомірною вигодою правоохоронця-фіскала може бути зумовлена об'єктивним чинником: елементарною нестачею грошей на відтворення витраченої ним під час виконання своїх професійних обов'язків енергії та продовження роду, тобто

ігноруванням на рівні бюджетного розподілу коштів доведених Ф. Енгельсом і визнаних світовою спільнотою тез про економічно обґрунтований розмір заробітної плати. Звісно, цей чинник доцільно враховувати тільки за умови належного рівня фінансової та економічної культури цієї особи: відсутністю невинуватених витрат, достатніх ознак приналежності до членів суспільства споживання⁸⁴ та ін. З іншого боку, добросовісність правоохоронця-фіскала може наштовхуватися на протидію осіб начальницького складу, які стали заангажованими до неправомірних вигод з волі особи, відносно якої розслідується справа. На жаль серед українського політичного класу відсутня політична воля в рішучій, усеосяжній боротьбі з корупцією. Як свідчить практика, все зводиться до декларацій, гасел і дрібних, несистемних дій із виявлення окремих випадків давання хабарів⁸⁵. Нинішній стан правової і політичної систем українського суспільства сприяє як першому варіанту, так й негативному сценарію другого варіанту.

Механізм правового регулювання являє собою логічно узгоджену, динамічну систему уніфікованих юридичних засобів і способів, необхідну й достатню для забезпечення результативного правового регулювання суспільних відносин. Повнота та дієвість такого механізму є необхідною й достатньою умовою ефективного правового регулювання⁸⁶. Отже, складовими правових механізмів протидії корупції у трансформаціях органів фінансової поліції України вбачаються такі елементи: а) правові принципи та цінності; б) правила, які врегулюють правоохоронну професійну діяльність; в) суб'єктів реалізації правоохоронної діяльності і функцій внутрішнього контролю за працівниками, що визначаються

⁸⁴ Бодрийяр Ж. Общество потребления. Его мифы и структура. М. : Республика, 2006. 269 с.

⁸⁵ Валевський О. Л. Держава і реформи в Україні: аналіз державної політики в умовах трансформації суспільства: монографія. К. : Вид-во НАДУ, 2007. С. 69.

⁸⁶ Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. К. : Ваіте, 2015. С. 39.

за їхніми особистісними якостями і професійною підготовкою; г) формально-визначені і фактично здійснювані функції і повноваження суб'єктів; д) способи, засоби, заходи і прийоми, що застосовуються суб'єктами.

За такого методологічного підходу визначаємо, що зміна назви (семантичні заміщення) «податкова міліція» на «фінансова поліція» або щось подібне не матиме жодного суттєвого впливу на покращення протидії корупції в органах, які адмініструють податки від імені держави і/або реалізують правоохоронну функцію у цій сфері, у т. ч. здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями 204, 205, 205-1, 212, 212-1, 216, 218-1, 219 Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. Досвід зарубіжних країн виявляє, що у Королівстві Данія та Королівстві Норвегія поліція поєднує функції протидії загальній злочинності (щодо порушення майнових прав), а також порушенням податкового, митного законодавства, відмиванню коштів, а податкова й митна служби в цих країнах не мають правоохоронних повноважень. У Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії, Республіці Ірландії, Королівстві Нідерланди, Республіці Португалії податкові та митні служби в частині правоохоронних повноважень функціонують у рамках одного органу, а інші злочини в економічній сфері відносяться до компетенції поліції. У ФРН та Швейцарській Конфедерації податкові і митні служби мають власні правоохоронні повноваження, які не перетинаються з функціями поліції, яка здійснює фінансову розвідку. Королівська кінна поліція Канади виконує функції розслідування злочинів, пов'язаних із контрабандою, шахрайством, поширенням наркотичних засобів, і при цьому допомагає правоохоронним підрозділам Міндоходів та юстиції. Фінансова гвардія Республіки Італії безпосередньо підпорядковується Мінекономіки та фінансів, з компетенцією

попередження і припинення валютних, фінансових та податкових злочинів⁸⁷.

Отже, актуальними стають такі трансформації:

1) функціональні зміни – чітке розмежування компетенції, уникнення дублювання повноважень, координація взаємодії, встановлення сфери відповідальності органів фінансової поліції з відповідними підрозділами СБУ, МВС, НАБУ, зокрема за рахунок реорганізації Державної аудиторської служби України, ліквідації підрозділу Державної служби боротьби з економічною злочинністю в структурі МВС, ліквідації підрозділу контррозвідувального захисту інтересів держави в сфері економічної безпеки в структурі СБУ; розширення спеціалізації фінансової поліції на усі злочини економічного характеру (податкові, митні та інші фінансові);

2) кадрові – оптимізація граничної кількості працівників фінансової поліції та організація відкритого конкурсного набору до неї (до 3 тис. осіб проти 5,5 тис. у нинішній податковій міліції); підвищення якості кадрового складу за критеріями доброчесності та інших особистісних якостей і високого професійного рівня, їхнього постійного підвищення і перевірки;

3) адміністративно-організаційні – зміна підпорядкування поліції з державної фіскальної служби та МВС на КМУ, який буде координувати її діяльність через міністра фінансів, що сприятиме більшій незалежності структури; підвищення заробітної плати до рівня, що дозволить працівнику відтворити витрачені на якісну роботу сили, утримувати сім'ю і розвиватися, а також залучити до такої роботи фахівців належного рівня фахової підготовки; встановлення виборності керівника поліції конкурсною комісією, сформованою за принципом квоти з представників різних органів публічної

⁸⁷ Фінансова Поліція: Реформа Форми, але не Змісту. 29.04.2016. URL : <https://archive.voxukraine.org/2016/04/29>.

влади, а також громадськості, і його граничного терміну перебування на посаді; звітування керівника поліції не менше двох разів на рік про результати діяльності;

4) залучення інститутів відкритого громадянського суспільства – введення інституту громадського контролю за діяльністю фінансової поліції;

5) превентивні – посилення незалежності служби внутрішнього контролю; вдосконалення систем контролю якості роботи податкових інспекторів, прозорості ухвалення ними рішень відносно платників податків та результатів їхньої роботи.

Отже, трансформації правових механізмів протидії корупції в органах національної та фінансової поліції України, частиною яких на сьогодні став проект Закону України «Про Фінансову поліцію» № 4228 від 15.03.2016, повинні передбачати прогресивні перетворення і/або визначення вихідних правових ідей та цінностей, регулятивних правових норм, якісно вищого порядку піднаглядних і контролюючих суб'єктів, достатній функціональний потенціал і набір способів та засобів ефективної реалізації закону, із залученням ззовні авторитетних і визнаних світової спільнотою експертів та їхніх організацій для оцінки доброчесності фінансової поліції, у т. ч. вироблення і подальшого виконання рекомендацій щодо стійкого збереження чистої від корупції професійної діяльності цих поліцейських. Базові складові реформування цього органу знаходяться у площині як у подоланні загальних корупційних умов (низького рівня правової культури, глибокого і повсюдного соціально-економічного розшарування; роботи не за законом, а відповідно до домовленостей з тими, хто має реальну владу та можливості; та ін.), так й створення адекватних рівню соціального розвитку норм податкового й адміністративного права, що забезпечують прогрес та відповідно до яких поліція матиме можливість діяти чітко

правомірно, а не бути змушеною, з-поміж іншого, звертатися до суду як до органу, що гіпотетично зможе (оскільки він матиме справу з такими самими нормами права як і поліція, змінити їх він не зможе, адже це завдання парламенту) внести своїми рішеннями ясність у неоднозначно виписане й відстале податкове, адміністративне та інше суміжне законодавство. Проблема єдиної вірної практики застосування закону пов'язана також з відповідною синхронною професійністю і добросовістю з боку органів прокуратури та судів.

1.3.3. Вплив вихідних принципів права відкритого суспільства на роботу судів як елемент забезпечення результативності антикорупційної боротьби

Формування високопрофесійного суддівського корпусу – це проблема не тільки національного рівня, а й питання, яке турбує інтернаціональну спільноту. Над розробкою правових норм, які визначають стандарти в області організації добросовісної судової влади та здійснення правосуддя працювали кращі вчені і юристи провідних держав Європи та іншої частини світу. Закладені в них ідеї й концепції, сформувалися з урахуванням помилок і досвіду багатьох держав. Особливість правових регуляторів діяльності судів в умовах трансформації публічного права відкритого суспільства полягає в тому, що вони забезпечують реалізацію ідей верховенства права, справедливості, рівноправності, законності та інших під час здійснення правосуддя і супутніх йому судових функцій. Одним з поширених способів впровадження в національну правову систему правових стандартів відкритого суспільства в сфері правосуддя стають практики різних держав, що знаходяться на шляху формування демократичної, правової держави і відкритого суспільства, по імплементації

положень міжнародних актів у вітчизняне законодавство. На такому шляху знаходиться Україна і подібні до неї країни. Ратифікуючи міжнародні договори, принципи, хартії, рекомендації, вітчизняний законодавець створює основу для формування високопрофесійного суддівського корпусу та ефективного судочинства. Імплементуючи міжнародно-правові норми до внутрішнього законодавства, ми ставимо себе на один рівень з провідними державами і уникаємо помилок, які можуть бути допущені в сфері організації діяльності судової влади. Водночас такі практики дають повноцінні результати при врахуванні та достатній осмисленості їх у рамках національних правових доктрин, тому завданням вчених-юристів стає пізнання і створення найбільш прийнятної моделі узгодження найвищих стандартів в області роботи судів зі специфікою національного правового світогляду у зазначеній сфері. Отже, подальше дослідження буде сконцентровано на вивченні принципів справедливості, рівноправності і законності як основоположних ідей феномена верховенства права в роботі судів в умовах антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства.

Судова влада оцінює дії обох гілок державної влади на предмет їх відповідності загальнолюдським цінностям, відображеним у законодавстві відкритого суспільства. Традиційно вона застосовує правові закони, не намагається підміняти парламент, виконавчу і місцеву влади, виявляючи максимальну стриманість в інтерпретації законодавства, не створюючи в результаті нових норм права, яких не було до моменту їх судового тлумачення⁸⁸. Як влучно підкреслив Дж. Кенні, що суди відіграють важливу роль у цьому завданні, оскільки переважно саме вони є місцями, де люди вирішують свої суперечки. У багатьох випадках суди мають справи

⁸⁸ Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. Sydney law review. 1998. Vol. 20. p. 186.

з нестійкою рівновагою інтересів членів суспільства (сторін по справі та зацікавлених осіб), яка наражається на небезпеку або вже втрачена, іноді тільки для залучених осіб, в інший час для більш широкого кола громадськості. Завдання судів в тому, щоб, за законом, утримати або відновити рівновагу в суспільстві⁸⁹.

У системі правових цінностей відкритого суспільства принцип верховенства права первинний для трансформацій будь-якого законодавства, а тим більш для антикорупційних перетворень норм права про судову владу. При визначенні його поняття, дотримуємося думки І. Стерніна, який відзначив, що концепт як дискретне ментальне утворення, є базовою одиницею розумового коду людини, володіє відносно впорядкованою внутрішньою структурою, являє собою результат пізнавальної (когнітивної) діяльності суспільства і несе комплексну енциклопедичну інформацію про предмет або явище, яке відображає, про інтерпретацію даної інформації суспільною свідомістю і щодо суспільної свідомості відносно даного явища або предмету⁹⁰. Відповідно концепт «верховенства права» в рамках порушеної нами теми являє собою осмислені суддями уявлення / образи про соціальне домінування права, що відображають як об'єктивні, так і суб'єктивні – професійні, особисті та інші – оціночні, культурологічні ментальні нашарування судді та інших членів суспільства. Сутнісні, найбільш важливі уявлення про цей феномен у роботі суддів на благо відкритого суспільства становитимуть поняття «верховенство права», марковане лінгвістами права відповідним терміном (відповідним за смисловим і лексичним параметрами словом).

⁸⁹ Kenny J. S. Maintaining public confidence in the judiciary: a precarious equilibrium. *Monash University Law Review*. 1999. # 2. Vol. 25. p. 210.

⁹⁰ Стернин И. А. Типы и концепты // Концептуальное пространство языка: сб. научн. трудов, посвященных юбилею Н. Н. Болдырева / под ред. Е. С. Кубряковой. Тамбов: Изд-во ТГУ им. Г. Р. Державина, 2005. С. 258.

Зважена позиція інтерпретації поняття «верховенство права» / «верховенство правового закону» повинна знаходитися посередині між юридичним позитивізмом і природним правовим підходом судів. Ми не повинні вичерпувати зміст верховенства права «верховенством хорошого закону» і позбавляти його будь-якої моральної або нормативної основи. Водночас крайньою розцінюємо концепцію, яка або надмірно орієнтована на доброчесність судді, або необґрунтовано зосереджена на законодавчому органі. Практична реалізація ідеї верховенства права – добра, чесності, гласності, загальності, прогресивності та іншого, – завжди залишається надихаючим нас ідеалом, повне досягнення якого вимагає виключно конструктивної і продуктивної співпраці між законодавчою, судовою та виконавчою гілками публічної влади⁹¹. Це сукупність морально-правових цінностей відповідно до якого регулюються відносини в демократичному суспільстві, чесно розглядаються справи в суді⁹². Результатом тлумачення і застосування основ верховенства права є правові позиції конституційних та інших подібних за правовим статусом судів, які сприяють трансформації (модернізації) судової практики і правової системи в напрямках попередження корупції, встановлення правової захищеності прав і свобод людини, стабілізації правопорядку, забезпечення поділу влади і системи стримувань і противаг у відносинах її гілок⁹³. Коли політичні сили маніпулюють соціально-правовими цінностями (нехтують ними, перекручують їх зміст тощо), щоб приховати корупційні чи іншим чином сумнівні з точки зору соціального прогресу і навіть репресивні дії держави, заклики до

⁹¹ Neumann F. L. The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory. New York : Free Press. 1966. P. 90.

⁹² Ткачук П. Застосування принципу верховенства права судами конституційної та загальної юрисдикції. *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 5. С. 94.

⁹³ Кампо В. Правові позиції Конституційного Суду України як необхідний елемент забезпечення судово-правової реформи. *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 2. С. 115.

верховенства права стають ефективним стартовим майданчиком для критики та боротьби за право. У цьому зв'язку ідея верховенства права відіграє незамінну роль у збереженні доброчесності та інших основних елементів духу природного права⁹⁴, які обумовлюють виживання суспільства і його прогрес. Верховенство права для суду означає, що він зміг знайти баланс між позитивним і природним правом, і відобразив його в обґрунтуванні своїх рішень та інших дій у справах, що розглянув та вирішив. Такий баланс фактично є золотою серединою між правовими нормами, які створила держава, і правовими нормами, які держава ще не відобразила в актах законодавства, але мала це зробити, тому що такі норми, у т. ч. антикорупційного змісту, іманентні прогресивним ознаками людських відносин. Виходить, що суд виступає в ролі правового і антикорупційного фільтрів законодавчих норм держави. Втілення цього принципу в кожній судовій справі означає перманентне, повсюдне, цільове визнання і практичне втілення ідей самоцінності людини, найвищої соціальної цінності життя, здоров'я і всіх інших прав і свобод людини, а також прав суспільства, характеризуючи суддів, які провадять правосуддя такої якості, виключно доброчесними. Суб'єктивним фактором у зв'язку з цим виступає духовний розвиток судді, в тому числі його душа, інтелектуальні та вольові якості, емоції і почуття. Далі визнаємо, що одним з важливих умов верховенства права є впевненість громадян і публічної адміністрації в тому, що судові рішення не просто приймаються, а неухильно виконуються в подальшому⁹⁵. Більш того, підкреслюється, що існування реальної конституції і проведення в життя ідеї верховенства права

⁹⁴ Scheuerman W. E. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? *The Journal of Political Philosophy*. 2015. Vol. 23. # 4. P. 444.

⁹⁵ Ngcobo S. S. Sustaining public confidence in the judiciary an essential condition for realising the judicial role. *The south african law journal*. 2011. Vol. 128. Iss. 1. P. 7.

засновані на здійсненні незалежної та добросовісної судової влади, яка складає основу механізму забезпечення реалізації прав і свобод людини⁹⁶, а також на подальшому виконанні справедливих рішень судів кожним членом суспільства.

Отже, концепт «верховенство права» є комплексним і рамковим для його поняття, відображає всю сукупність осмислених уявлень суддів про домінування права в умовах антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу відкритого суспільства, зокрема при здійсненні ними правосуддя та інших функцій. Термін «верховенство права» виявляється тільки вдало підбраною лексемою, що максимально коректно / адекватно відображає розумово виведений денотат (від лат. *denoto* – позначаю). Його розуміння, дотримання і застосування в умовах зазначених трансформацій публічного права відкритого суспільства передбачає вивчення його елементів, якими виступають принципи різного змісту і/або обсягу, а саме: рівноправності, свободи, справедливості. Відзначається, наприклад, що порушення принципів справедливості та рівності при здійсненні правосуддя загрожує дієвості правової системи відкритого суспільства і відображається через нестійкість принципу верховенства права, наріжного каменю законодавства у такому суспільстві⁹⁷.

Наступною за верховенством права загальноправовою цінністю антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу в умовах розбудови відкритого суспільства стає справедливість. Залежно від теорій інтерпретації права і ролі держави у суспільстві, зміст цього поняття може, як перетинатися з поняттям «верховенства права» (при позитивістському підході і реалістичному/інструментальному трактуванні ролі

⁹⁶ Горбуз А. К., Краснов М. А., Мишина Е. А., Сатаров Г. А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб. : Норма, 2010. С. 220.

⁹⁷ Lash K. A., Gee P., Zelon L. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. *Yale Law & Policy Review*. 1998. Vol. 17. Iss. 1. P. 489.

держави), так і поглинатися їм (при юснатуралістичній інтерпретації та нівелювання ролі держави, за прикладом Утопії Т. Мора). Якщо принцип верховенства права є метою правосуддя, то принцип справедливості в діяльності суду стає шкалою оцінки ступеня досягнення цієї мети. При цьому основою самої шкали виступає набір загальнолюдських цінностей на конкретному історичному періоді / моменті, який, в свою чергу, системно втілений також у принципі верховенства права. Розуміння суддею цих цінностей і їх співвідношення в умовах юридичного конфлікту зумовлює появу нової категорії, яка в нашій цивілізації семантично маркується словом «справедливість» і на різних мовах звучить по-різному (укр. – справедливість, белр. – справядлівасць, пт. – justiça, исп. – justicia, фр. – justice, іт. – giustizia, лат. – aequabilitas, швед. – rättvisa, араб – إنصاف [inθəθim] та інші), але має однаково першорядне значення для всіх націй. В англійській мові, наприклад, одним терміном «justice» позначається два поняття «справедливість» і «правосуддя», що виявляє історично обумовлену на ментальному рівні асоціацію феномена справедливості з професійною діяльністю суддів, відображену в лексиці мови. На інших мовах перекладається як рівноправність, праведність, правда тощо.

У роботі суду справедливість проявляється в уміннях застосувати норми права до предмету конфліктних правовідносин. Природа цих правових норм об'єктивно нейтральна, а суб'єктивне одухотворення їх значень і надання смислів зумовлено інтересами людей (суспільства), які беруть участь у конфліктних та суміжних їм відносинах. Як наслідок в умовах антикорупційних трансформацій правової системи відкритого суспільства суддя перманентно і послідовно усвідомлює і висловлює в рішеннях (діях) кореляцію між предметом спірних правовідносин і нормами права, які їх регулюють і максимально забезпечують права людини. Виявляється, що

система належних до застосування у конфліктних правових відносинах норм права визначається їх здатністю максимально сприяти реалізації (охороні, захисту) прав (свобод) людини/суспільства. Межі поняття «максимально сприяти» в даному контексті встановлюються на підставі оцінки та/або співвідношення: а) загальних цінностей, які складають основи цивілізаційного рівня розвитку нації (в т. ч. етносів, які входять до складу націю), де суддя здійснює правосуддя; б) цих спільних цінностей з інтересами сторін і іншими обставинами судової справи, яку розглядає суддя; в) релевантних обставин справи норми природного і позитивного права, а також у випадках передбачених законом аналогічної судової практики; г) позитивного соціального ефекту рішення суду у справі. Застосування оціночного терміна «максимально можливий» дозволяє характеризувати рішення суду як справедливі. Оцінки максимальної можливості захисту прав і громадського правопорядку відрізняються в свідомості громадян різних соціальних прошарків суспільства, проте однаково сходяться на передумові цього явища – доброчесності судді. Наприклад, в США деякі представники громадськості вважають, що судові органи занадто м'яко ставляться до злочинців. Багато людей вірять в це; вони також вважають, що існує безпосередня кореляція між такими вироками (наданням злочинцям надмірно широких правових можливостей для захисту) і зростанням злочинності в США⁹⁸. В Україні деякі співробітники національної поліції дотримуються такої ж правової позиції. Більш того, в разі винесення недоброчесним / заангажованим суддею необґрунтовано м'якого вироку, наприклад, в силу його корупційного інтересу, сумлінні оперативні працівники та слідчі, які забезпечували досудове розслідування по ньому природно відчують розчарування

⁹⁸ Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. Law and contemporary problems. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 93.

(у т. ч. у вигляді, латентної депресії, фрустрації), що, в свою чергу, негативно впливає на показники ефективності їх роботи в подальшому.

У підсумку можна вважати, що судові рішення відповідають принципу верховенства права тоді, коли в них права людини (суспільства) стали пріоритетним (домінуючим) фактором, тобто вони були забезпечені більшою мірою, ніж будь-які інші цінності. Водночас ступінь такого забезпечення дозволяє встановити оціночне поняття «справедливість». Людині (суспільству) важливо не тільки те, що його позов задовольнили і/або право (свободу) захистили. Справедливим таке забезпечення права особа буде вважати тоді, коли переконається у тому, що суд забезпечив його права (свободи) на максимально можливому високому рівні, що виражається в конкретних цифрах і/або фактах, наприклад, стягнув борг, визначив міру покарання для правопорушника, зобов'язав спростувати недостовірну інформацію. Належне дотримання судом цих принципів допомагає людині більш чітко зрозуміти, що причина неналежної забезпечення його прав полягає не в суді і/або корумпованості судді, а в безвідповідальності і/або корумпованості парламенту і/або виконавчої влади.

Поряд з принципом справедливості ідея рівноправності допомагає пояснити фундаментальне значення втілення верховенства права під час антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу у відкритому суспільстві⁹⁹. Суд – це соціальний інститут, який сприяє встановленню рівноправності серед людей¹⁰⁰. Цей принцип означає, що якщо суддя не тільки відобразив у своїх рішеннях і діях пріоритет прав людини, забезпечив їх в максимальному обсязі, але і зро-

⁹⁹ Равенство и справедливость не одно и то же. URL : <http://znay-vce.livejournal.com/281156.html>.

¹⁰⁰ Birch A. Equal Justice and the ALJ. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 173.

бив це в однаковій мірі для всіх, то він як мінімум добродішній і професійний. Рішення суду і процесуальні права учасників у справі не залежать від ознак раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак. Формально ці ознаки не дають ніяких переваг нікому з учасників судового процесу. Всі вони наділяються рівними процесуальними правами і обов'язками. Як влучно зауважив А. Берч, що забезпечення рівної справедливості для бідних і багатих, слабких і сильних стало проблемою усіх століть (одним з основних питань філософії права). Люди ніколи не переставали сподіватися і прагнули наблизитися до цієї мети. Ми повинні знайти способи дати тому, хто просить шанс поборотися на паритетних засадах. Ми повинні вивчити і змінити, якщо необхідно, різні ролі, які судді грають у вирішенні правових питань. Для повсюдного утвердження рівності і справедливості необхідно бути відкритим (готовим) до змін судових процедур: поширення доступу до змагального, неупередженого і відкритого процесу в усіх випадках. Суди (судді і апарат суду) в рамках слухань і поза ними повинні достатньо чутливо реагувати на прохання пересічних громадян про надання інформації і допомоги в навігації по інформаційним системам і сервісам¹⁰¹, пов'язаним з правосуддям. Рівноправність суб'єктів права при здійсненні правосуддя забезпечується тими нормами конституції та інших законів, де вказано, що виключно суд наділяється правом вершити правосуддя, а парламент і виконавча влада позбавлені такої функції. Такий поділ функцій в державі доповнюється поділом функцій в самому судовому процесі. Суддя виступає в ролі арбітра і виносить рішення по справі, позивач (або сторона обвинувачення) доводить підстави позовних вимог

¹⁰¹ Birch A. Equal Justice and the ALJ. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 170-171.

(обвинувачення), відповідач (захисник) спростовує доводи позивача (сторони обвинувачення). Поділ ролей (функцій) в судовому процесі визначає сутність принципу змагальності сторін у цьому процесі. Змагальність і рівність сторін є складовими частинами принципу рівноправності учасників судового спору. Утім усі ці ролі не матимуть жодного відношення до рівноправності людей під час реалізації правосуддя, якщо процедури їх здійснення не будуть формально виважені законодавцем на предмет добросовісності взаємовідносин судді та учасників судового процесу. Відповідно законодавчо виписані таким чином процедури повинні знаходити своє антикорупційне втілення у фактично існуючих відносинах у суді. Отже, дотримання охарактеризованого принципу під час впровадження законодавчою гілкою влади антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу і при здійсненні суддями правосуддя (судового контролю тощо) створює необхідні умови для винесення правосудних рішень, які відповідають верховенству права і сприймаються учасниками процесу як справедливі.

Принцип законності похідний від принципу верховенства права. Діє правова презумпція законності рішень суду, згідно з яким вся судова система держави повинна приймати рішення і розглядати справи неупереджено на основі фактів, чинного законодавства, у т. ч. ратифікованих парламентом міжнародних договорів, судових прецедентів Європейського суду з прав людини (для судів країн Ради Європи)¹⁰². Априорі дії (рішення) суду законні в тому випадку, коли вони прийняті згідно з передбаченою у законі процедурою та з метою виконання норм закону учасниками спірних правовідносин. Іншими словами суд орган правозастосовний. Першою і головною формою вираження права, особливо судового

¹⁰² Гуцалок О. В. Адміністративно-правові засади реформування місцевих судів в Україні: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. К., 2017. С. 71.

процесу, стає закон. Незважаючи на різні іманентні властивості закону і правосуддя, закон призначений для визначення загальних правил і стандартів, необхідних для суспільства за відсутності правосуддя¹⁰³. У високорозвиненому, а тим більше у відкритому, суспільстві він має правовий характер в абсолютній більшості випадків. Такі закони є втіленням прогресивних ідей природного права, концентрованим вираженням яких є цінності верховенства права. Водночас у тих націй, розвиток яких повільний або відсутній, зміст принципів законності і верховенства права буде суттєво відрізнятися. Тоді суд виявляється заручником ситуації, де внаслідок неефективності парламенту і/або виконавчої влади, він змушений застосовувати неправові закони, на підставі яких виносить неправові, але законні рішення. Суд не може підміняти інші гілки влади. Максимум його впливу на поліпшення правової системи таких суспільств буде вичерпуватися його спробами максимально вигідно для прав громадян інтерпретувати діючі норми законодавства. Роль суддів у таких політико-правових умовах суттєво підвищується, адже вони фактично багато у чому компенсують інерцію, відсталість та інші варіації неефективної роботи інших гілок публічної влади, у т. ч. зумовлених корупцією. А тому для таких суспільств критично актуалізується питання створення і функціонування системи забезпечення неупередженості та доброчесності судді. Також суд може використовувати передбачені в процесуальному законі повноваження, які дозволяють йому безпосередньо або через верховний суд звернутися в конституційний суд задля визнання неконституційною тієї норми права, яка явно має не правовий характер і зачіпає фундаментальні права людини. Отже, антикорупційні трансформації законодавства про судову владу в умовах розбудови відкритого

¹⁰³ Coyle S. *Fallen Justice*. New Blackfriars. 2012. Vol. 93. P. 687-688.

суспільства передбачають формування правових механізмів забезпечення доброчесності професійного судді та можливостей для нього ухвалювати рішення відповідно до природних прав людини, з урахуванням суті ідей справедливості та рівноправності, на підставі чинних законів. В умовах достатнього соціально-економічного і правового захисту судді він, мотивований тільки правовими і та іншими духовними цінностями, своєю професійною діяльністю сам стає учасником прогресивних антикорупційних перетворень правової системи, задаючи тон, тенденції практичного втілення ідеї верховенства права і послідовно демонструючи фактичні прояви її вимірів власним прикладом.

Отже, справедливість, рівність та законність вихідні складові ідеї верховенства права у відкритому суспільстві під час антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу. Вони складають суть тернарної основи концепту «верховенство права» як в перетвореннях правових норм про обрання доброчесних кандидатів на посади професійних суддів і про здійснення ними у подальшому функцій судової влади, так й безпосередньо в роботі судів. Ідеї справедливості, рівноправності і законності як базові елементи ядра поняття «верховенство права», що його деталізують, уможливають осмислення частин цього поняття в динаміці суддівської діяльності і розвитку законодавства про неї. Суди практично втілюють у життя ці ідеї, адже виступають в ролі посередників, які щодня і повсюдно вирішують правові спори і конфлікти, а також здійснюють ряд суміжних функцій. Для цивілізованого суспільства така робота суду стає одним з важливих умов не просто виживання, а й максимально можливого прогресу. Тому верховенство права і три його вихідних елементів незаперечні цінності попередження корупції та інших позитивних трансформацій правового життя членів суспільства, відкритого для послідовного і перманентного

розвитку. Відкритість правової системи такого суспільства передбачає дотримання більш простих і менш масштабних принципів під час антикорупційних трансформацій законодавства про судову владу.

Дослідження інших засадничих ідей права у роботі судів як важливих соціальних інструментів утвердження доброчесності у вигляді підсумкових рішень щодо оцінки зібраних правоохоронними органами доказів по корупційним справам має передбачає, перш за все, зосередження уваги на тому, що така роль відведена судам у кожній розвиненій. Ця функція називають «антикорупційного правосуддя» є єдиною дивергентною ознакою судової влади, яка дозволяє розрізнити її сутність від інших гілок влади, які приймають антикорупційні закони та застосовують їх у практиці від імені держави (президент, центральні та місцеві виконавчі органи). Зокрема, конституція виключає присвоєння функцій суду парламентом¹⁰⁴. Жоден орган або особа не може виконати всі державні функції¹⁰⁵. Відповідно в рамках теорії розподілу влади роль суду виражається у здатності ефективно вирішувати корупційні соціальні (правові) конфлікти, причиною яких безпосередньо чи опосередковано, стала неефективність парламенту та/або виконавчої влади. У рамках більш широких теорій, за допомогою яких пояснюється вся природа соціальних відносин, у тому числі відмітні особливості правової культури громадян, соціальних груп та інших, роль суду актуальна також для виправлення помилкового розуміння одним з суб'єктів конфлікту природи (змісту) правових відносин і/або норми, які їх регулюють. Історія підтверджує, що обидві причини соціальних конфліктів існували завжди, тобто

¹⁰⁴ Kenny J. S. Maintaining public confidence in the judiciary: a precarious equilibrium. Monash University Law Review. 1999. # 2. Vol. 25. p. 210.

¹⁰⁵ Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. Sydney law review. 1998. Vol. 20. P. 186.

вони мають природний характер, з цього випливає, що призначення суду обумовлено природою держави і суспільства. При цьому сама назва «суд» для соціального інституту, який виконує зазначену функцію (вирішує правові конфлікти), має технічний характер і, за необхідності, може бути легко змінений. В описаному контексті соціальний прогрес визначає лише ефективність діяльності такого інституту (суду), а саме: своєчасність з мінімально витратами ресурсів при здійсненні правосуддя, зокрема спрямованого на забезпечення відкритості політико-правової та інших сфер життя суспільства.

Концентрація уваги на параметрах доступності правосуддя та ефективності судової влади як загальних правових цінностях, що відображені в основі законодавчих норм про організацію та здійснення судової влади, дозволяє з'ясувати їхню роль у механізмі утвердження доброчесності – ключової складової правового механізму антикорупційної боротьби.

Соціальні роль і значення суду, як і будь-якого іншого органу публічної влади у відкритому суспільстві, визначається через іманентні його природі функції. Правосуддя функціонально визначає соціальне призначення судів. Процес підготовки і розгляду конституційних, кримінальних, адміністративних, цивільних і господарських (арбітражних) справ, який завершується процедурами створення, публічного оголошення і технічною фіксації (письмовою та електронною) рішення у таких справах є ключовою ланкою затвердження на практиці цінностей відкритого суспільства. Правовими гарантіями досягнення цієї мети на засадах доброчесності стає дотримання процедур, детально і однозначно визначених у процесуальному законі (кодексі) або іншому правовому акті еквівалентної закону правової сили.

Сходження від абстрактних уявлень про природу і зміст правосуддя до конкретних знань про нього, його складових передбачає визначення цілого ряду понять, які складають

його основу, а саме: а) судова справа – це захист об'єктивних правових можливостей суб'єктів права, який здійснюється судом у формі провадження з врегулювання юридичного конфлікту або зі встановлення юридичного факту; б) судове провадження (litigation, trial) – це процедури розгляду і врегулювання судової справи (конфлікту, спору), в суворій відповідності з формою, яка визначена в конституційному, кримінальному, адміністративному, цивільному, господарському чи іншому процесуальному законі. Назви форм і процесуальних законів, які їх визначають ці форми, відмінні в різних країнах. Наприклад, в Україні судове провадження у спорах з органами публічної влади регулюється нормами адміністративного права¹⁰⁶, в РФ – арбітражного права¹⁰⁷, в США таке судове провадження не виділяється в окрему категорію, воно поділяється на більш вузькі напрямки здійснення правосуддя, а саме: у сфері податкового права¹⁰⁸ та інше; в) юридичний конфлікт – це суперечка, предметом якого стали розбіжності в тлумаченні і/або застосуванні норм права, і яка не може бути вирішена без участі третьої сторони; г) судовий спір – це різновид юридичного конфлікту/спору, для врегулювання якого використовуються судові процедури, де суддя виступає в ролі посередника між сторонами конфлікту; д) юридична суперечка – це розбіжності між суб'єктами права щодо природи і змісту правовідносин, які не набули вкрай гострих форм і можуть бути врегульовані без залучення суду. При цьому мовний та/або правовий контекст, особливості національного світогляду зумовлюють різноманітність

¹⁰⁶ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print1330255552590959> (дата звернення 30/06/2018).

¹⁰⁷ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ URL: <http://docs.cntd.ru/document/arbitrazhnyj-processualnyj-kodeks-rf-apk-rf> (дата звернення 30/06/2018).

¹⁰⁸ Parker H. E. G. United States tax court. *Women law yers journal*. 1982. Vol. 68. Iss. 4. P. 130-132.

логічних (лексичних, семасіологічних та інших) співвідношень між цими вихідними поняттями змісту правосуддя.

Крім правосуддя, соціальна цінність суду визначається також належним виконанням функції судового контролю – правової оцінки правомірності поведінки суб'єктів права, яка здійснюється в сфері конституційного права з метою забезпечення однакового тлумачення і застосування норм конституції держави, дотримання конституційних процедур, а в сфері кримінального права та інших сферах обмеження прав людини суд контролює законність і обґрунтованість рішень і дій органів досудового розслідування, оперативно-розшукових органів у частині санкціонування проведення дій, які тягнуть обмеження конституційних прав громадян. Суд також контролює виконання своїх рішень¹⁰⁹, наприклад, ухвал про витребування доказів, про примусову доставку в судові засідання сторони по справі. Зараз, як ніколи раніше, юристи та судді, суди і системи правосуддя повинні грати більш значну роль у визначенні меж і встановленні правил, необхідних для контролю нашої повсякденної взаємодії¹¹⁰. Профілактична функція суду є опосередкованим результатом здійснення правосуддя і судового контролю, який виражається в попередженні скоєння нових правопорушень, вона тісно пов'язана з функцією правового виховання. Юридично-гносеологічний напрямок роботи суду проявляється в процесі здійснення правосуддя і судового контролю у формі професійного осмислення, інтерпретації природи і змісту норм права, а також перманентного вивчення судової практики та узагальнення її результатів. Ці напрямки діяльності є спільними для судів у будь-яких державах. Наприклад, вчені з США підкреслили,

¹⁰⁹ Oldfather C. M. Writing, cognition, and the nature of the judicial function. *The Georgetown law journal*. 2008. Vol. 96. P. 1331.

¹¹⁰ Birch A. Equal Justice and the ALJ. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 170.

що в кожній державі судді виступають у ролі зберігачів національних правових традицій¹¹¹, спільною основою яких для цивілізованих націй стають загальні правові принципи і загальнолюдські цінності. Саме на їх основі діє судова влада, отримуючи схвалення і довіру відкритого суспільства, сприяючи його розвитку. Інтерпретацію таких правових основ роботи суду в умовах відкритого суспільства уявляємо в ідеях таких значень та смислів.

Доступність правосуддя та довіру до суду визнають через ключові характеристики, основоположні ідеї права. Оцінка цих принципів дозволяє зробити релевантний висновок про реальне втілення загальноправових ідей справедливості, рівноправності і законності як невід'ємних частин верховенства права, образно висловлюючись «його трьох китах». Доступність правосуддя являє собою відсутність будь-яких перешкод на шляху до отримання професійних послуг судді, в необхідному обсязі і належної якості. Природно, що такі перешкоди, в першу чергу, повинні бути еліміновані на законодавчому та організаційному рівнях. Іншими словами, парламент і виконавча влада зобов'язані прийняти і реалізувати на практиці такі норми права, які дозволять, по-перше, вибрати сумлінних (порядних) і повноцінно високорозвинених громадян на посади суддів, а кожному належним чином захистити своє право в суді. Наприклад, якщо в законі передбачено високий, щодо доходів більшості громадян, розмір ставки судового збору, то незаможні громадяни не зможуть звертатися до суду за захистом своїх прав. Такий же ефект буде спостерігатися в тих випадках, коли закони не забезпечують елементарну правову грамотність більшості населення, яка дозволяє їм своєчасно дізнатися про факти порушення їхніх прав, можливості і способи судового захисту, їх ефективність

¹¹¹ Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. *Law and contemporary problems*. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 92.

та інше. У зв'язку з цим буде також виявлятися фіктивність (наївність) поширеної презумпції про те, що кожен знає свої права і норми законодавства в тій мірі, яка дозволяє людині отримувати вигоди з правової та судової системи.

Окреслені проблеми знижують позитивний потенціал правосуддя й інструментальний потенціал правової системи у відкритому суспільстві, тому що спочатку елімінують більшу частину населення з судових процесів, а також змушують людей або відмовлятися від реалізації своїх прав (свобод), або домагатися такої реалізації за допомогою корупції чи не правових соціальних регуляторів – норм моралі, релігії, політики. Відсутність законодавчих перешкод для судового захисту має доповнюватися організаційної пристосованістю судової системи до ефективного виконання свого соціального призначення в реальному житті. Серед основних елементів такої пристосованості ми виділяємо відповідні фінансування судів, кадрове та матеріально-технічне забезпечення. Наприклад, українські суди, особливо районні, не мають добре обладнаних санітарно-технічних приміщень, належного опалення, освітлення, відчують гостру нестачу поштових марок і канцелярських товарів, що, природно, автоматично знижує ефективність їх роботи з технічних причин. Крім цього, судді не взаємозамінні¹¹², тому більш складну природу в політико-правовій системі відкритого суспільства мають процеси кадрового комплектування судів висококласними фахівцями, а також перманентного підтримання їх професіоналізму (підвищення кваліфікації та інше).

У домогосподарствах з низьким доходом, найчастіше наводяться дві причини нездатності отримати доступ до системи правосуддя для вирішення правових проблем: 1) відсутність віри в дієвість правосуддя; 2) завищені уявлення про витрати

¹¹² Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. *Law and contemporary problems*. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 84.

на підготовку і ведення справи в суді. Наприклад, згідно з результатами інтерв'ювання кількох тисяч громадян, проведеного Американською асоціацією адвокатів у рамках проєкту всебічного дослідження правових потреб, основним висновком є таке: «Наша система цивільної юстиції принципово не пов'язана з життями мільйонів американців». Тільки чверть бідних сімей Каліфорнії, що мають цивільно-правову проблему, отримують повну або часткову юридичну допомогу¹¹³. У Канаді приблизно 65% населення не знають про те, які процесуальні права доступні; не знають, як поводитися з юридичними проблемами; боїться, думає, що нічого не зможе зробити, або думає, що це буде коштувати занадто багато грошей або займе дуже багато часу. Голова Верховного суду Канади недавно заявив, що «в Канаді немає адекватного доступу до правосуддя; ... Коли мова заходить про систему правосуддя, більшість канадців не мають доступу до достатніх ресурсів і не мають доступу до програм соціального захисту, створених урядом»; а колишній голова Верховного суду Онтаріо назвав таку ситуацію «кризою». У США 70-90% юридичних потреб громадян не задоволені¹¹⁴. Отже, навіть якщо складне відкрите суспільство вимагає складних законів, ми повинні старанно і постійно стежити за своєю поведінкою в рамках системи, в якій працюємо, щоб не допустити поширення корупції та забезпечити рівну справедливість по закону для всіх громадян¹¹⁵. Адже саме втрата довіри населення до публічної влади взагалі і зневіра у спроможності судової влади на практиці утвердити ідею верховенства права, у т. ч. внаслідок корупції, може призвести до масових

¹¹³ Lash K. A. *Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession*. *Yale Law & Policy Review*. 1998. Vol. 17. Iss. 1. P. 489.

¹¹⁴ Farrow T. C. W. *Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession*. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*. 2014. # 51. Vol. 10. Iss. 12. P. 5-6, 8.

¹¹⁵ Birch A. *Equal Justice and the ALJ*. *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary*. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 170.

виступів громадян проти такої влади, її свавілля тощо. І вже такі форми громадянської боротьби за свої природні (конституційно зафіксовані) права можуть набувати небезпечних форм, на кшталт віджилантизму – форми незаконної, хоча й здебільшого правової, форми громадянського супротиву неефективності (у т. ч. в силу корупції) публічної влади та відсутності правопорядку. Наприклад, як простежується істориками права у діях громадян США з середини XVII ст., які з 1769 р. по 1951 р. стратили більше 6 тис. злочинців, не покараних офіційною публічною владою. При цьому бл. 4730 таких страт прийшлося на період 1882–1951 роки¹¹⁶.

Здійснення антикорупційних трансформацій права і втілення загальноправових цінностей відкритого суспільства у функціях судової влади означає її ефективність і обумовлює довіру громадян. У науковій літературі підкреслюється, що судова функція ефективно виконується тільки в тому випадку, якщо громадськість має довіру до судової системи, в тому числі до добросовісності суддів, незалежності судових органів від інших гілок влади¹¹⁷ і будь-яких інших осіб. Незалежність суддів, особливо щодо виконавчої влади, забезпечується антикорупційною системою публічного права, системою органів самоврядування або недержавним бюро управління і дисципліни суддів¹¹⁸. Повага до правосуддя та законів знижується в ситуаціях, коли окремі шари суспільства і/або більшість громадян вдаються до корупції для вирішення своїх проблем, не мають рівного доступу до правосуддя, оскільки вони не можуть отримати юридичну допомогу для вирішення спорів, які зачіпають самі основи життя (наприклад, охорону

¹¹⁶ Grayson J. P. Vigilantism in Canada and the United States. *Legal Studies Forum*. 1992. Vol. 16. № 1. P. 27.

¹¹⁷ Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. *Sydney law review*. 1998. Vol. 20. P. 195.

¹¹⁸ Cura A. A. V. *Curso de organização judiciária*. – 2.a edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. P. 49.

здоров'я, харчування та житло)¹¹⁹. Довіра суду є переконання суб'єктів права в тому, що суд є добросовісним і одним з найбільш ефективних способів їхнього захисту. Хоча на відміну від парламенту або виконавчої влади, суд не має грошових фондів, армії або поліції, щоб виконати свою волю. Навіть Верховний суд і Конституційний суд не мають таких ресурсів¹²⁰. Розуміючи це, громадяни засновують свою довіру до правосуддя на таких переконаннях: а) рішення суду буде справедливим, тобто воно буде відповідати всім загальним і процесуальним принципам права; б) рішення суду буде прийнято швидко; в) рішення суду буде виконано швидко; г) витрати на судовий процес і виконання рішення суду низькі, тобто отриманий результат повинен у разі перевищувати ці витрати; д) що вони, як і абсолютна більшість інших суб'єктів права, сприяють встановленню істини в судовому процесі і виконують справедливі судові рішення; е) судді добросовісні. У зв'язку з цим доцільно підкреслити, що суспільна довіра до судової системи багато в чому залежить від того, наскільки суди успішно здійснюють правосуддя. І навпаки, для успішного вирішення цього завдання суди потребують довіри громадськості. Це пояснюється тим, що суди не можуть діяти з ефективними повноваженнями (на відміну від грубої сили), якщо ті, з ким вони мають справу, не сприймають їх серйозно¹²¹, знають про їхню недобросовісність. Суспільна довіра до неупередженого здійснення судової влади втрачається, якщо суди, які здійснюють юрисдикцію, не сприймаються як незалежні від законодавчої або виконавчої влади ... Суспільна довіра до здійснення правосуддя судами від імені держави не може

¹¹⁹ Lash K. A. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. *Yale Law & Policy Review*. 1998. Vol. 17. Iss. 1. P. 489.

¹²⁰ Ngcobo S. S. Sustaining public confidence in the judiciary an essential condition for realising the judicial role. *The south african law journal*. 2011. Vol. 128. Iss. 1. P. 7.

¹²¹ Farrow T. C. W. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*. 2014. # 51. Vol. 10. Iss. 12. P. 10.

бути збережена, якщо сторони в судах вважають, що судді цих судів отримують неправомірні вигоди і/або співчують інтересам їхньої держави або її виконавчої влади¹²². Водночас довіра населення до суду підвищує довіру до інших гілок державної влади. Це інерція довіри пояснюється дією внутрішніх взаємозв'язків частин і цілого. У нашому випадку поліпшення якісного стану довіри судової влади робить відповідний позитивний вплив на довіру до парламенту і виконавчої влади. Наприклад, в Україні дуже низький відсоток виконання судових рішень у сфері цивільних і господарських правовідносин. У результаті цього в тих суперечках, де ймовірність виконання рішення суду дуже низька, підприємці вдаються до корупції для стимулювання виконавчої служби виконати рішення суду і/або звертаються з позовом до господарського суду не для того, щоб після винесення судового рішення на їхню користь отримати відшкодування боргу, а всього лише з метою використувати це рішення для формального приведення в порядок бухгалтерської, податкової та фінансової звітності за цим боргом. Такі соціальні практики свідчать про вихолощуванні цінності правосуддя в свідомості громадян. В умовах одночасної відсутності довіри і наявності юридичних суперечок люди застосовують альтернативні способи і/або соціальні норми, і/або залучають позасудові органи для їх вирішення. Конкурентами мирних способів, суду і права стають корупція, насильство, кримінальні структури і норми моралі відповідно.

За умови втілення в роботі суду ідей доступності правосуддя і довіри до суддів як частин верховенства права актуалізується принцип ефективності суду – індикатор його соціальної корисності і необхідності. Дотримання цього принципу судами визначають за критеріями своєчасності, кількості і

¹²² Kenny J. S. Maintaining public confidence in the judiciary: a precarious equilibrium. *Monash University Law Review*. 1999. # 2. Vol. 25. p. 211.

якості наданих послуг. Відкладене правосуддя – це відмова в правосудді, це не пустий трюїзм. Як і з усіма подібними твердженнями, воно фундаментально обґрунтовано фактами. Завдання оперативного і одночасно якісного вирішення судових справ дуже складна. Її вирішенню сприяє збільшення кількості суддів та підвищення вимог до їх професіоналізму¹²³. Кожна країна намагається встановити оптимальні терміни для вирішення спорів в суді, включаючи процедури апеляційного та касаційного оскарження рішень судів попередніх інстанцій. При цьому більшості населення невідомі ні самі ці терміни, ні підстави, які існували для їх встановлення. У рамках теорії права важливо підкреслити, що будь-який термін у судових справах повинен бути науково обґрунтований і корелювати з усіма загальнолюдськими цінностями і конкретними історичними умовами здійснення правосуддя. Ці терміни повинні дозволяти людині (суспільству) реалізувати своє право саме в той момент життя, коли це для нього необхідно. Відповідність роботи судів антикорупційним нормам права та іншим цінностям відкритого суспільства вимагає також оптимізації витрат на них. Фінансові та інші витрати суспільства на забезпечення належної роботи судів дуже високі, тому результати правосуддя повинні виправдовувати такі витрати. Жодне суспільство не може дозволити, щоб право на належний судовий розгляд було викривлено або втрачено на практиці; ці права повинні дотримуватися незалежно від того, відійшли ми від змагальної традиції чи ні. При цьому не можна заперечувати, що належне виконання всіх процесуальних норм дороге й уповільнює роботу судової системи¹²⁴. У Великобританії нинішні урядові плани

¹²³ Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. *Law and contemporary problems*. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 82.

¹²⁴ McEwan J. From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition. *Legal Studies*. 2011. Vol. 31. # 4. P. 546.

реформування ролі магістратів ясно передбачають підвищення «ефективності» судового процесу і значну економію судових витрат¹²⁵.

Ця ефективність встановлюється залежно від ступеня відповідності діянь суддів, заходів кореляції їх рішень принципам права, загальнолюдським цінностям. Елементарною шкалою для оцінки ефективності судової влади є п'ятибальна шкала, де існують бали «відмінно» (рівень відкритого суспільства), «добре» (рівень суспільства зі стійкою тенденцією до відкритості), «задовільно» (рівень транзитивного суспільства, яке в рівній мірі може як набути тенденцію до відкритості, так і стати закритим), «незадовільно» (рівень закритого суспільства), «нульовий або близький до нульового» (рівень суспільства, що зникає, витрати якого на суди не виправдані). Визначення відповідності судів цьому принципу вимагатиме використання методів порівняння, статистичного аналізу та інших.

Отже, конкретний зміст деталей кожної функції судової влади визначається в процесуальних законах. Їх практичне вираження наповнюється обставинами справ, які суд готує до розгляду, розглядає і за якими приймає рішення. Загальними критеріями оцінки ступеня ефективності судової влади в умовах антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства є загальноправові цінності, які крім верховенства права, справедливості, рівноправності і законності, виражаються також у правових принципах – доступності, довіри до суддів, глобалізації, ефективності та інших. І якщо в сфері законотворчості ефективність парламенту обумовлює відкритість публічного права, то в питаннях правосуддя кореляція спостерігається між такою відкритістю та ефективною діяльністю добросовісних суддів. З одного боку, одним з

¹²⁵ Donoghue J. C. Reforming the Role of Magistrates: Implications for Summary Justice in England and Wales. *The Modern Law Review*. 2014. Vol. 77. P. 929.

наслідків такої кореляції є суспільна довіра до судової влади. З іншого боку саме така довіра є умовою збереження верховенства права і, в кінцевому рахунку, сталості правопорядку і конституційної демократії в мовах перманентних покращень. Зрештою, судова влада ґрунтується на повазі, яке міститься в душі нації¹²⁶, тому справедливо згадати думку Е. Хендслі, яка вважає, що народ повинен обирати суддів; це найефективніший спосіб забезпечити довіру громадськості¹²⁷. У зв'язку з цим також треба звернути також увагу на значний, часом і визначальний, вплив засобів масової інформації. Довіра до судів вимагає, щоб ЗМІ допомагали пояснювати громадянам, як працюють суди, а не задовольнялися тим, що безсистемно повідомляли окремі факти про те, що роблять суди, а також те, що інші говорять про суддів. Їм слід аналізувати і роз'яснювати роль судів у системі державної влади, максимально сприяти більш глибокому розумінню необхідності прийняття того чи іншого рішення в демократичній державі¹²⁸. У рамках дослідження підкреслюємо, що загальноправові зв'язки цього принципу із суміжними правовими явищами виявляються у визначенні його змісту і місця в ланцюзі основоположних ідей роботи судів в умовах антикорупційних трансформацій публічного права відкритого суспільства. Довіра суду стало підсумковим принципом, який є безпосереднім індикатором відповідності правосуддя та інших функцій суду цілям соціального розвитку, а також опосередковано свідчить про ефективність парламенту і органів виконавчої влади, як на найвищому, так і на місцевому рівнях. Слід також врахувати, що вище охарактеризовані правові цінності зазнають на собі

¹²⁶ Ngcobo S. S. Sustaining public confidence in the judiciary an essential condition for realising the judicial role. *The south african law journal*. 2011. Vol. 128. Iss. 1. P. 6, 7.

¹²⁷ Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. *Sydney law review*. 1998. Vol. 20. P. 195.

¹²⁸ Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. *Law and contemporary problems*. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 92.

вплив феномена глобалізації, основна характеристика якого міститься в новітній доктрині теорії права (фінансового, конституційного, кримінального, адміністративного та інших галузей права) з обґрунтування ідеї глобалізації. Її основний характер розкривається як забезпечення (реалізація, охорона і захист) прав людини¹²⁹ у сфері судочинства шляхом створення і застосування в закритих (транзитивних) суспільствах таких правил, форм і методів, які допомогли б їм стати відкритими. Загальність таких стандартів, підходів, способів і механізмів судочинства, їх наступність зумовить чесну, справедливу захищеність прав людини і суспільства поза національними кордонами, повсюдно. Першим кроком до такої гармонізації і однаково успішного розвитку правосуддя стане фінансування публічною владою належного виконання програм (щорічних планів), спрямованих на досягнення судами відстаючих країн зазначених стандартів та ін. Відкритість публічного права також вимагає забезпечення незалежності, неупередженості та сумлінності суддів, об'єктивності, всебічності, обґрунтованості їх рішень та ін. Суди, а також вихідні антикорупційні основи правових систем та їхніх подальших трансформацій в контексті глобалізації стануть предметом наших подальших досліджень.

Список рекомендованих джерел

1. Хабарова Т. В. Адміністративно-процесуальні засади запобігання корупції в Україні: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. 216 с.

2. Запобігання та протидія корупції : навч. посіб. / А. М. Михненко, О. В. Руснак, А. М. Мудров та ін. ; за ред. А. М. Михненка. 4-те вид., переробл. й доповн. К. : ДННУ «Акад. фін. управління», 2013. 666 с.

¹²⁹ Адміністративне судочинство України: теорія та практика: монографія. Кол. авт.; заг. ред. О. М. Нечитайла. К. : ВАІТЕ, 2015. С. 9-11, 18.

3. Бабиніна К. С. Кримінальне право України в православному вимірі (стан, динаміка та перспективи): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Одеса, 2016. 24 с.

4. Ковальський В. С., Козінцев І. П. Правотворчість : теоретичні та логічні засади. К. : Юрінком Інтер, 2005. 192 с.

5. Харченко Л. М. Духовність як вимір сучасного життя людини : соціально-філософський аналіз. Наукові записки НаУКМА, Теорія та історія культури. 2013. Т. 140. С. 20-24.

6. Невмержицький Є. В. Проблеми удосконалення антикорупційних механізмів. Наукові записки ІПіЕНД ім. І.Ф. Кураса НАН України. 2012. № 4. С. 153-168.

7. Маркеева О., Котелянець О., Їжак О. Український досвід реформування кримінального правосуддя та правоохоронних органів: аналітична доповідь. К.: НІСД, 2011. 44 с.

8. Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві. Вісник Конституційного Суду України. 2016. № 6. С. 167-180.

9. Погребняк С. П. Основоположні принципи права: (змістовна характеристика) : монографія. Харків : Право, 2008. 238 с.

10. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М. : Норма, 2011. 752 с.

11. Новий тлумачний словник української мови / уклад. В. Яременко, О.Т. Сліпущко. Т. 1: А–Є. – К. : Вид-во «Аконіт», 1998. 910 с.

12. Енциклопедія Сучасної України / НАН України; І. М. Дзіба (ред.). Т. 8: Дл–Дя. К. : Держ. ГПРВО, 2008. 716 с.

13. Васильева Т. В. Афинская школа философии. Философский язык Платона и Аристотеля (Сер. «Из истории мировой культуры»). М. : Наука, 1985. 180 с.

14. Шрейдер Ю. А. Равенство, сходство, порядок. М. : Наука, 1971. 256 с.

15. Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона / Том ХА (20). Десмургия – Домициан. СПб.: Брокгауз – Ефрон, 1890-1907. 499 с.

16. Кікіньова К. О. Професіоналізація як процес підвищення ефективності державної служби у контексті європейських стандартів. Державне будівництво. 2008. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVu_2008_2_52

17. Томкіна О. Принцип доброчесності державної влади: постановка проблеми. Вісник НАПрНУ. 2014. № 1. С. 65-74.

18. Голина В. В. Ч. Беккариа и основы учения о предупреждении преступности. Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 250-річчю трактату Ч. Беккарія, м. Одеса, 13.06.2014 / В. Ківалов (голов. ред.). Одеса : Юрид. л-ра, 2014. – С. 272-277.

19. Нижечек В. И. Правовое регулирование в системе нормативного регулирования общественных отношений в СССР : автореф. дис. на соиск. Науч. степ. докт. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений». Свердловск, 1975. 38 с.

20. Заморська Л. І. Правова нормативність як основа механізму дії права : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. 304 с.

21. Литвинов О. М. Право як феномен культури : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.12. Суми, 2016. 555 с.

22. Колодій А. Принципы права: генезис, понятие, классификация, место и роль в правовой системе Украины. Право України. 2013. № 1. С. 68-79.

23. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В. С. Овчинского. М. : Инфра-М, 2008. VI, 184 с.

24. Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Том 3: Современное правопонимание. М.: РАП, 2007. 512 с.

25. Коваль І. М. Метаантропологія менталітету: правовий вимір : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12. Львів, 2018. 24 с.

26. Кушнарьов І. В. Ментальні основи політичної корупції в Україні. Політичне життя. 2017. № 4. С. 77-82.

27. Джефферсон Т. Автобіографія. Заметки о штате Віргинія. Л. : Наука, 1990. 317 с.

28. Сорокин П. А. Человек. Цивілізація. Общество. М. : Политиздат, 1992. 543 с.

29. Філіпова Т. В. Професійний менталітет державних службовців в Україні: технологія формування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. управ. : спец. 25.00.03. Одеса, 2006. 20 с.

30. Гринберг Р. Корупція – благо. Газета еженедельник «Аргументы и Факты». 11.10.2006. № 41. С. 15.

31. Брановицький В. В. Перерозподіл власності в умовах транзитивної економіки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук : спец. 08.00.01 «Економічна теорія та історія економічної думки». К., 2016. 24 с.

32. Шатрава С. О. Адміністративно-правові засади запобігання корупції в органах національної поліції України: дис. док. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х., 2017. 440 с.

33. Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) : моногр. К. : Юридична думка, 2004. 400 с.

34. Невмержицький Е. В. Корупція в Україні : причини, наслідки, механізми протидії : моногр. К. : КНТ, 2008. 368 с.

35. Сташис В. В. Проблеми боротьби з організованою злочинністю і корупцією в Україні. Вісн. Акад. прав. наук України : зб. наук. пр. Х. : 2001. Вип. 2. С. 163-168.

36. Сиссенер Т. К. Феномен корупції в антропологической перспективе. Борьба с ветряными мельницами? Социально-антропологический подход к исследованию коррупции. С.-Пб. : Алетейя, 2007. С. 56-81.

37. Pelizzo R., Baris O., Janenova S. Objective or Perception-Based: A Debate on the Ideal Measure of Corruption. Cornell International Law Journal. 2017. Vol. 50. Iss. 1. С. 77-106.

38. Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления. М. : Наука, 1974. 247 с.

39. Сидоренко С.В. Антропологічні засади громадянського суспільства як особливої сфери соціуму: теоретико-методологічний контекст. Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. 2014. Вип. 57. С. 138-149.

40. Глушко Є. В. Адміністративно-правове забезпечення участі громадськості у протидії корупції : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. К., 2015. 248 с.

41. Клок О. В. Протидія корупційним правопорушенням засобами адміністративного права : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Х. 2015. 214 с.

42. Оборотов Ю. Н. Традиции и обновление в правовом развитии (от познания к постижению права) : монографія. О. : Юрид. лит., 2001. 160 с.

43. Костюк В. Л. Інституційні новації державної служби через призму новітнього законодавства: науково-теоретичний аспект. Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки. 2016. Т. 181. С. 26-31.

44. Інтерв'ю з Ю. Кармазіним 09.05.2018 о 20-45 на телеканалі «ЗІК». URL :<https://zik.ua/tv/video/156105>

45. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М. І. К. : Ваіте, 2018. 472 с.

46. Чопик Н. В. Діяльність комітетів Верховної Ради України як складова забезпечення прав і свобод громадян у сфері запобігання корупції : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Ужгород, 2017. 20 с.

47. Хомишин І. Ю. Корупційні діяння як форма зловживання владою у сфері державної служби. Вісник Нац-го ун-ту «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : зб. наук. праць. 2015. № 824. С. 125-130.

48. Berdal M., Malone D. Greed and Grievance: Economic Agendas in Civil Wars : A project of the International Peace Academy. London: Lynne Rienner, 2000. 260 p.

49. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схвалена Указом Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/en/276/2015>

50. Федорович В. І. Теоретичне обґрунтування механізму відповідальності судді за недоброчесну поведінку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10. Львів, 2015. 236 с.

51. Глушченко С. В. Новели судової реформи: поняття професійної етики та доброчесності в контексті кваліфікаційного оцінювання судді (кандидата на посаду судді). Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2016. № 6. С. 70-83.

52. Козюбра М. І. Про проект оцінки верховенства права в Україні. 08.02.2018. URL : <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/mikola-kozyubra>

53. Сприйняття корупції 2017-2011. URL : https://ti-ukraine.org/ti_format/doslidzhennya/cpi/

54. Вербенец М. Б. Юридична термінологія української мови : історія становлення і функціонування : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. філол. наук : 10.02.01. Київ, 2004. 20 с.

55. Карагодін О. В. Розвиток механізмів прийняття та реалізації управлінських рішень в системі державного управління: дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. Маріуполь, 2015. 219 с.

56. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.

57. Табарин И. В. Современная теория права : новый научный курс : монография. М. : Издание автора, 2008. 624 с.

58. Гевелинг Л. В. Клептократия. Социально-политическое измерение коррупции и негативной экономики. Борьба африканского государства с деструктивными формами

организации власти. М. : Изд-во «Гуманитарий» Академии гуманитарных исследований, 2001. 592 с.

59. Бездольний М. Ю. Державно-правовий механізм протидії корупції. Форум права. 2009. № 2. С. 38-43.

60. Кривцова І. С. Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні: дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Одеса, 2008. 233 с.

61. Ивнева Е. В. Практика использования права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Нижний Новгород, 2006. 28 с.

62. Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К. : Ваіте, 2015. 392 с.

63. Банчук О. А. Проблема розмежування публічного і приватного права у правовій думці України ХІХ – початку ХХ століття : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. 214 с.

64. Стенограма виступів Директора НАБУ А. Ситника та Керівника САП Н. Холодницького в рамках прес-брифінгу на тему «Презентація звіту про діяльність НАБУ за II півріччя 2017 р.» (08.02.2018) URL : <https://nabu.gov.ua/verbatim/stenograma-vistupiv-direktora-nabu>

65. Колишній прокурор, який відправив за ґрати президента Гватемали та переслідував Берлусконі, – про те, як Україні перемогти корупцію. 09 лютого 2016. URL : <https://nv.ua/ukr/publications/kolishnij-prokuror-jakij-vidpraviv>

66. Ліховицький Я. О. Особливості механізму корупційної злочинної поведінки працівників Державної кримінально-виконавчої служби України. Вісник кримінологічної асоціації України. 2016. № 2. С. 119-130.

67. Городовенко В. В., Макаренков О. Л., Сантуш М. М. Судові та правоохоронні органи України: навч. посіб. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2016. 226 с.

68. Убивство патрульних у Дніпрі: Всі подробиці трагедії 25.09.2016. URL : <https://www.5.ua/suspilstvo/126629>

69. У Дніпрі п'ятеро поліцейських були поранені при затриманні квартирних злодіїв 05.11.2017 р. URL : <https://www.unian.ua/incidents/2226209>

70. Кузнецов В. В. Кримінально-правова охорона: проблеми визначення поняття. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2015. Вип. 30. Т. 2. С. 107-110.

71. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. К. : Юрінком Інтер, 2011. 576 с.

72. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов. М. : Норма-Инфра, 1999. 560 с.

73. Бодрийяр Ж. Общество потребления. Его мифы и структура. М. : Республика, 2006. 269 с.

74. Валевський О. Л. Держава і реформи в Україні: аналіз державної політики в умовах трансформації суспільства: монографія. К. : Вид-во НАДУ, 2007. – 217 с.

75. Загальна теорія права: підручник / За заг. ред. М. І. Коцюбри. К. : Ваіте, 2015. 392 с.

76. Фінансова Поліція: Реформа Форми, але не Змісту. 29.04.2016. URL : <https://archive.voxukraine.org/2016/04/29>

77. Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. Sydney law review. 1998. Vol. 20. p. 183-215.

78. Kenny J. S. Maintaining public confidence in the judiciary: a precarious equilibrium. Monash University Law Review. 1999. # 2. Vol. 25. p. 209-224.

79. Стернин И. А. Типы и концепты // Концептуальное пространство языка: сб. научн. трудов, посвященных юбилею Н. Н. Болдырева / под ред. Е. С. Кубряковой. Тамбов: Изд-во ТГУ им. Г. Р. Державина, 2005. С. 257-282.

80. Neumann F. L. The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory. New York : Free Press. 1966. 304 p.

81. Ткачук П. Застосування принципу верховенства права судами конституційної та загальної юрисдикції. Вісник Конституційного Суду України. 2005. № 5. С. 94-101.

82. Кампо В. Правові позиції Конституційного Суду України як необхідний елемент забезпечення судово-правової реформи. Вісник Конституційного Суду України. 2010. № 2. с. 112-122.

83. Scheuerman W. E. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? The Journal of Political Philosophy. 2015. Vol. 23. # 4. P. 427-449.

84. Ngcobo S. S. Sustaining public confidence in the judiciary an essential condition for realising the judicial role. The south african law journal. 2011. Vol. 128. Iss. 1. P. 5-17.

85. Горбуз А. К., Краснов М. А., Мишина Е. А., Сатаров Г. А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб. : Норма, 2010. 480 с.

86. Lash K. A., Gee P., Zelon L. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. Yale Law & Policy Review. 1998. Vol. 17. Iss. 1. P. 489-501.

87. Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. Law and contemporary problems. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 69-93.

88. Равенство и справедливость не одно и то же. URL : <http://znay-vce.livejournal.com/281156.html>

89. Birch A. Equal Justice and the ALJ. Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 169-173.

90. Гуцалюк О. В. Адміністративно-правові засади реформування місцевих судів в Україні: дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. К., 2017. 220 с.

91. Coyle S. Fallen Justice. New Blackfriars. 2012. Vol. 93. P. 687-709.

92. Handsley E. Public confidence in the judiciary. A redherring for the separation of judicial power. Sydney law review. 1998. Vol. 20. P. 183-215.

93. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print1330255552590959> (дата звернення 30/06/2018)

94. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ URL: <http://docs.cntd.ru/document/arbitrazhnyj-processualnyj-kodeks-rf-apk-rf> (дата звернення 30/06/2018)

95. Parker H. E. G. United States tax court. Women law yers journal. 1982. Vol. 68. Iss. 4. P. 130-132.

96. Oldfather C. M. Writing, cognition, and the nature of the judicial function. The Georgetown law journal. 2008. Vol. 96. P. 1283 – 1345.

97. Birch A. Equal Justice and the ALJ. Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary. 1996. Vol. 16. Iss. 2. P. 169-173.

98. Miller A. S. Public confidence in the judiciary: some notes and reflections. Law and contemporary problems. 1970. Vol. 35. Iss. 1. P. 69-93.

99. Lash K. A. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. Yale Law & Policy Review. 1998. Vol. 17. Iss. 1. P. 489-501.

100. Farrow T. C. W. Equal Access to Civil Justice: Pursuing Solutions Beyond the Legal Profession. Osgoode Legal Studies Research Paper Series. 2014. # 51. Vol. 10. Iss. 12. P. 1-36.

101. Grayson J. P. Vigilantism in Canada and the United States. Legal Studies Forum. 1992. Vol. 16. № 1. P. 21-39.

102. Cura A. A. V. Curso de organização judiciária. – 2.a edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 308 p.

103. McEwan J. From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition. *Legal Studies*. 2011. Vol. 31. # 4. P. 519-546.

104. Donoghue J. C. Reforming the Role of Magistrates: Implications for Summary Justice in England and Wales. *The Modern Law Review*. 2014. Vol. 77. P. 928-963.

105. Адміністративне судочинство України: теорія та практика: монографія. Кол. авт.; заг. ред. О. М. Нечитайла. К. : ВАІТЕ, 2015. 288 с.

РОЗДІЛ II.

«АНТИКОРУПЦІЙНІ» ОБМЕЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЙНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОРУПЦІЄЮ: ВИДИ, ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЗАПОБІГАННЯ ВЧИНЕННЮ

Дієвим засобом запобігання корупційним правопорушенням та правопорушенням, пов'язаним з корупцією, є «спеціальні», їх ще називають «антикорупційні», обмеження, засади яких визначені у ст. 22-27 Закону України «Про запобігання корупції». Не зважаючи на їх розмаїття та специфіку ресурсу, все ж таки можна виокремити кілька загальних (базових) положень, характерних як для кожного із них окремо, так і для їх сукупності. Так, зокрема характерним є: а) визначення осіб, щодо яких обмеження поширюються, із посиланням на положення ст. 3 цього ж Закону, щоправда, таке посилання не завжди є конкретним й таким, що узгоджується із реаліями правозастосування, визнання суб'єктом такого обмеження особи зі спеціальним правовим статусом, суб'єкта корупційного правопорушення або ж правопорушення, пов'язаного з корупцією; б) визначення обмежень шляхом вказівки на заборону певних дій, що свідчить про «парне» використання цих понять й визначення меж («лімітів», «кордонів», «рамок») поведінки відповідних осіб за допомогою ресурсу саме заборони; в) надмірне використання оціночних понять при формулюванні змісту самих обмежень й «відсилку» до

положень інших нормативно-правових актів у процесі правозастосування при тлумаченні тих чи інших положень, безпосередньо пов'язаних із змістом відповідних обмежень; г) використання узагальнених положень при формулюванні змісту обмежень, з використанням фрагментарного уточнення («в тому числі ...»), що обумовлює широкі межі для прояву суб'єктивного розсуду у процесі правозастосування; д) закріплення засад відповідальності за порушення (недотримання) у кодифікованих деліктних актах (КпАП України, КК України). Окрім загальних ознак, кожне обмеження є унікальним і потребує аналізу його ресурсу, починаючи зі специфіки особи, щодо якої воно поширюється, та особливостей її відповідного унормування.

2.1. Особи, на яких поширюються обмеження, пов'язані із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування

2.1.1. Особи, на яких поширюються обмеження щодо одержання подарунків

Законодавець чітко передбачив у п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» заборону отримання подарунків особами, які:

1) є особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування :

а) Президент України, Голова Верховної ради України, його Перший заступник та заступник, Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр України, віце-прем'єр-міністри України, міністри, інші керівники центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступники, Голова СБУ, Генеральний

прокуратор, Голова НБУ, Голова та інші члени Рахункової палати, Уповноважений Верховної ради України з прав людини, Голова Верховної ради АР Крим, Голова ради міністрів АР Крим;

б) народні депутати України, депутати Верховної ради АР Крим, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови;

в) державні службовців, посадові особи місцевого самоврядування;

г) військові посадові особи ЗС України, державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби, курсантів вищих військових навчальних закладів, курсантів вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, курсантів факультетів, кафедр та відділень військової підготовки;

г) судді, судді Конституційного Суду України, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої ради правосуддя, посадові особи секретаріату Вищої ради правосуддя, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, посадові особи секретаріату цієї Комісії, посадові особи Державної судової адміністрації України, присяжні (під час виконання ними обов'язків у суді);

д) особи рядового і начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, особи начальницького складу органів і підрозділів цивільного захисту, Державного бюро розслідувань, НАБУ;

е) посадові та службові особи органів прокуратури, СБУ, ДБР, НАБУ, дипломатичної служби, державної лісової охорони, державної охорони природно-заповідного фонду, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи;

е) члени НАЗК; ж) члени ЦВК; з) поліцейські; и) посадові та службові особи інших державних органів, органів влади АР Крим; і) члени державних колегіальних органів;

2) є **особами, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування:**

а) посадові особи юридичних осіб публічного права, які не зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті цього ж Закону, особи, які входять до складу наглядової ради державного банку, державного підприємства або державної організації, що має на меті одержання прибутку;

б) особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи, визначені законом); в) представники громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації, які входять до складу конкурсних комісій, утворених відповідно до Законів України «Про державну службу», «Про службу в органах місцевого самоврядування», Громадської ради доброчесності, утвореної відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», громадських рад, рад громадського контролю, що утворені при державних органах та беруть участь у підготовці рішень з кадрових питань, підготовці, моніторингу, оцінці виконання антикорупційних програм, і при цьому не є особами, зазначеними у пункті 1, підпункті «а» пункту 2 частини першої статті з цього ж Закону.

При цьому слід зазначити, що відповідна заборона не поширюється на осіб, які зазначені у пункті 3 частини першої статті 3 цього Закону. В той же час, слід зазначити, що у випадку, коли подарунок є «прихованою» неправомірною

вигодою і особа, зазначена у пункті 3 частини першої статті 3 цього Закону, одержала його безпосередньо для себе чи будь-якого із своїх близьких осіб за вчинення дій чи бездіяльності в інтересах того, хто надав (запропонував) цей подарунок, чи в інтересах третьої особи з використанням наданих цій особі повноважень, свого службового становища або у зв'язку із службовою діяльністю на користь цієї особи, такі діяння слід вважати протиправними у відповідності до ст. 22 цього Закону і ст.ст. 354 та 368-3 КК України. Окрім того, будь-яка осудна особа, яка досягла 16-річного віку, несе відповідальність за одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи за вплив на прийняття рішень певною особою у відповідності до ч.ч. 2 і 3 ст. 369-2 КК України.

2.1.2. Особи, на яких поширюються обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування

Цей вид обмеження відрізняється від решти обмежень тим, що поширюється на унікального (у розумінні публічно-службових відносин) суб'єкта. В якості останнього є не особа, яка традиційно уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а «особа..., яка звільнилася або іншим чином припинила діяльності, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування» (п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону). Тобто суб'єктом цього виду обмеження є «...колишня особа, уповноважена на виконання вищезазначених функцій», «... особа, яка раніше була уповноважена на виконання відповідних функцій, однак на сьогоднішній день таких повноважень позбавлена». Такою особа вважається «...з наступного дня після припинення нею діяльності,

пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування»¹³⁰. Саме тому поширеним є використання для позначення особи, на яку поширюється цей вид обмеження, словосполучень «колишні публічні службовці», «екс-функціонери», «екс-службовці» тощо. Окрім того, суб'єктом такого обмеження є особа, яка за своїми ознаками під час виконання вищезазначених функцій, «фактично підпадала» під дію п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», і це є важливою ознакою, яка відрізняє цей вид обмеження від інших. Наприклад, обмеження щодо одержання подарунків поширюються на осіб, зазначених у п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього ж Закону, а обмеження спільної роботи близьких осіб – на осіб, зазначених у підрозділах «а», «в» – «з» п. 1 ч. 1 ст. 3 цього ж Закону. Отже, особа, яка під час виконання своїх повноважень, перебуваючи на публічній службі, прирівнювалася до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після припинення своєї діяльності не може вважатися особою, на яку поширюється відповідне обмеження.

*2.1.3. Особи, на яких поширюються обмеження
щодо суміщення та сумісництва із діяльністю,
пов'язаною із виконанням функцій держави
або місцевого самоврядування*

Так, згідно із ч. 1 ст. 25 Закону, такими вважаються «особи, зазначені у пункті 1 частини першої статті 3 відповідного Закону», тобто такими особами є: «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», вичерпний перелік яких подається у цьому ж пункті частини

¹³⁰ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваіте, 2018. С. 220.

статті. Аналіз цього переліку свідчить про те, що законодавець поширює відповідне обмеження на всіх публічних службовців, не обмежуючись лише державними службовцями чи особами, які займають політичні посади. І у цьому аспекті вітчизняна нормативна модель унормування відносин, пов'язаних із обмеженнями публічних службовців щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, узгоджується із міжнародними правовими стандартами регулювання відповідних відносин та із зарубіжними нормативними аналогами. В той же час ч. 2 ст. 25 Закону передбачає, що відповідні обмеження «... не поширюються на депутатів Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад (крім тих, які здійснюють свої повноваження у відповідній раді на постійній основі) та присяжних»¹³¹. Отже, із загального правила законодавець передбачає винятки щодо трьох категорій осіб й це є цілком виправданим з огляду на специфіку їх правового статусу й їх діяльності, з яким й «пов'язує законодавець відповідне обмеження. Для цих осіб виконання відповідних функцій публічно-службового характеру не передбачає «постійної основи», набуття ознак «постійного місця служби», отже і саме виконання відповідних функцій можна вважати аналогом сумісництва. Саме тому нормативне закріплення винятку із обмеження щодо сумісництва і суміщення щодо вищезазначених осіб, які і уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є обґрунтованим, логічним, виправданим. Щоправда, доцільним вбачається певне корегування нормативного закріплення цього положення у ст. 25 Закону. Замість окремої ч. 2 ст. 25 Закону, безпосередньо присвяченої винятку із загального правила, цілком можна було б у ч. 1 ст. 25 після слів «... статті 3 цього Закону» внести доповнення «окрім депутатів Верховної ради

¹³¹ Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року. ВВР. 2014. № 49. Ст. 2505-6 (з наступними змінами та доповненнями).

Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад (крім тих, які здійснюють свої повноваження у відповідній раді на постійній основі), присяжних», що сприяло б максимальній концентрації уваги при ознайомленні зі змістом відповідної статті на особах, на яких поширюється це обмеження. Дуже важливо на самому початку правозастосування визначитися із колом суб'єктів, на яких це обмеження поширюється, а не повертатися до нього знову ж після детального опрацювання змісту обмеження.

*2.1.4. Особи, щодо яких поширюється обмеження
щодо використання службових повноважень
чи свого становища*

Згідно зі ст. 22 Закону України «Про запобігання корупції» обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища як різновид «антикорупційного» обмеження поширюється на всіх **«осіб, зазначених у частині першій статті 3 відповідного Закону»**, втім уважний аналіз змісту статті 3 та статті 22 цього ж Закону у частині змісту обмеження та реалізації можливості (неможливості) його дотримання (порушення) свідчить про те, що не всі особи, зазначені у частині першій статті 3 відповідного Закону, наділені такими повноваженнями, становищем, можливостями, а отже й не мають реальної можливості їх використовувати, що, у свою чергу, свідчить про те, що вони не можуть розглядатися в якості осіб, на яких таке обмеження поширюється. Це, перш за все, стосується тих осіб, які зазначені у пунктах 4 та 5 статті 3 відповідного Закону, а саме «кандидатів у народні депутати України, кандидати на пост Президента України, кандидатів у депутати Верховної ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, сільських,

селищних рад, кандидатів на посади сільських, селищних, міських голів та старост, окремі фізичні особи» (специфіка їх правового статусу об'єктивно унеможливило дотримання відповідного обмеження завдяки відсутності таких специфічних повноважень, становища, можливостей). Отже, цілком можна стверджувати, що нагальною є потреба у внесенні змін та доповнень до ст. 22 Закону України «Про запобігання корупції» у частині уточнення її змісту шляхом доповнення після слів «особам, зазначеним» словами «у пунктах 1, 2, 3» й замінити словосполучення «частині першій» словосполученням «частини першої». Тим самим забезпечивши узгодження змісту положень ст. ст. 3 та 22 вищезазначеного Закону й створивши реальні передумови для використання ресурсу відповідного обмеження на практиці.

2.1.5. Особи, на яких поширюються обмеження спільної роботи близьких осіб

Ст. 27 Закону України «Про запобігання корупції» передбачає т.з. «подвійну» деталізацію положень щодо визначення кола суб'єктів, на яких відповідне обмеження не поширюється. Так, зокрема, абз. 1 ч. 1 вищезазначеної статті Закону визначає, що такими суб'єктами, щодо яких відповідне обмеження впроваджено, є **«особи, зазначені у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті з відповідного Закону»**, тим самим виокремлюючи осіб, зазначених у підпункті «б» пункту 1 частини першої статті 3 цього ж Закону. Отже, це **перший виняток** із положення щодо суб'єктного аспекту. Згідно із підпунктом «б» пункту 1 частини першої статті вищезазначеного Закону, обмеження спільної роботи близьких осіб **не поширюється** на: народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки

Крим, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови. Щоправда, як слушно зазначають автори Науково-практичного коментаря до Закону України «Про запобігання корупції», у цьому переліку законодавець не згадав про старост, отже, враховуючи волю законодавця, останні є суб'єктами, щодо яких відповідне обмеження діє¹³². З одного боку, перераховуючи виборних осіб, законодавець мав би згадати і про старост, однак, з іншого боку, специфіка правового статусу старост та безпосередніх умов його реалізації, які дещо відрізняються від аналогів, притаманних іншим виборним особам, позиція законодавця виглядає обґрунтованою. **Інший виняток** законодавець закріпив у абз. 3 ч. 1 ст. 27 Закону, зазначивши, що відповідне обмеження також **не поширюється** на: народних депутатів та присяжних; близьких осіб, які прямо підпорядковані один одному у зв'язку з набуттям одним із них статусу виборної особи; осіб, які працюють у сільських населених пунктах (крім тих, що є районними центрами), а також гірських населених пунктах. Фіксує цей виняток, законодавець передбачив доцільність у процесі правозастосування урахування положень інших законодавчих актів, зокрема Законів України «Про сільськогосподарську дорадчу діяльність», «Про статус гірських населених пунктів в Україні», а для визначення того, чи є особа такою, що має статус «виборної особи», закріпив відповідну дефініцію у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» шляхом перерахування тих, хто такими особами є. Окрім того, визначаючи коло осіб, на яких відповідне обмеження поширюється, законодавець також передбачив, що такими є: а) **особи, які вже є такими**, на яких поширюється дія положень підпункту «а» та підпунктів «в» – «з» пункту 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції» (абз. 1);

¹³² Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваїте, 2018. С. 225.

б) **особи, які претендують** на зайняття посад, зазначених у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті 3 вищезазначеного Закону (абз. 2), щоправда останніх завдяки тому, що факту реального конфлікту інтересів відповідних особи та публічного інтересу не буде, а в наявності – лише потенційний конфлікт інтересів. притягти до відповідальності згідно зі ст. 172-7 КпАП України неможливо. В той же час загальні положення стосовно врегулювання конфлікту інтересів в цілому поширюється на всіх вищезазначених осіб (Методичні рекомендації щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, розроблені НАЗК, від 29.09.2017 року).

2.2. Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування¹³³

Подарунок: нормативне визначення, відмежування від суміжних понять.

Правові засади нормативного визначення подарунку, правил поведінки із ним особами, уповноваженими на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, заборон, обмежень щодо його одержання, відповідальності за порушення відповідних обмежень та заборон, передбачені: Правилами етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затвердженими наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979, Роз'ясненням щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю, затвердженим рішенням НАЗК від 11.08.2016 року № 3, Методичними

¹³³ Коломоєць Т.О. Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування за законодавством України: науково-практичний нарис. Запоріжжя: Видавничий дім «Геллетика», 2018. 40 с.

рекомендаціями щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затвердженими рішенням НАЗК від 29.09.2017 року № 839, Порядком передачі подарунків, одержаних як подарунки державі, АР Крим, територіальних громад, державним або комунальним установам чи організаціям, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2011 року № 1195, Наказом МНС України від 25.01.2012 року № 67 «Про затвердження Загальних вимог стосовно забезпечення роботодавцями охорони праці працівників», Законом України від 22.09.2005 року «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення» (в редакції від 16.12.2012 року), ст. 368, 368-4, 191 Кримінального кодексу України, ст. 172-5, 172-7, 172-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Законом України від 14.10.2014 року «Про запобігання корупції»¹³⁴, рішенням НАЗК від 02.03.2017 року № 75 «Про затвердження Типової антикорупційної програми юридичної особи», Державною програмою щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (антикорупційна стратегія) на 2015–2017 роки, затвердженою постановою Кабінету міністрів України від 29.04.2015 року № 265, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 05.10.2016 року № 803-р «Заходи щодо запобігання корупції в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади» та ін.

Законодавче закріплення заборон, обмежень щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на реалізацію функцій держави або місцевого самоврядування, сягає своїм корінням у історичну давнину. Так, наприклад, можна згадати Укази Петра I «Про заборону хабарів та посулів», Олександра I «Про заборону приносити подарунки

¹³⁴ ВВР. 2014. № 49. Ст. 2505-6 (з наступними змінами та доповненнями).

начальникам губерній та іншим чиновникам», Миколи І «Про заборону начальницьким особам приймати підношення від суспільства», Уложення про покарання кримінальні та виправні, які містили положення, які забороняли приймати подарунки у вигляді грошей, речей чи у іншій формі¹³⁵.

Ефективними інструментами запобігання корупційним правопорушенням та правопорушенням, пов'язаним з корупцією, традиційно вважається декларування та обмеження щодо одержання подарунків публічними службовцями. Втім, незважаючи на поширеність використання відповідних інструментів, реальний стан справ щодо запобігання корупційним правопорушенням та правопорушенням, пов'язаним з корупцією, залежить від того, яку саме нормативну модель врегулювання відповідних суспільних відносин держава обрала, які заходи використовує для забезпечення ефективності її існування. Традиційно виокремлюють кілька базових нормативних моделей врегулювання відповідних відносин, а саме: перша – повна заборона на одержання подарунків публічними службовцями й одночасне декларування будь-яких подарунків, які відповідні службовці отримують впродовж кожного року перебування на службі. Така модель впроваджена у Великій Британії, Федеративній Республіці Німеччина, Італії та ін. Слід зазначити, що найбільш «жорсткою» в аспекті заборони щодо одержання публічними службовцями подарунків є модель, впроваджена саме у Великій Британії. Так, зокрема, державні службовці та члени парламенту не можуть приймати жодних подарунків. Особи, які обіймають політичні посади за призначенням, дозволено залишати собі «тільки подарунки, вартість яких не перевищує 140 фунтів стерлінгів»¹³⁶. Щодо декларування подарунків

¹³⁵ Куракин А.В. Право государственного служащего на получение подарков / А.В. Куракин. URL : <https://www.lawmsx.ru>

¹³⁶ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / Мануель Віллорія, Стефан Синнестрьом, Янош Берток; пер. з англ. І. Чуприна. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 15.

законодавство Великої Британії передбачає, що будь-які подарунки, послуги, винагороди, отримані членом парламенту або його «подружжям чи партнером», вартість яких перевищує 1% зарплати парламентаря, якщо вони будь-яким чином стосуються членства у палаті парламенту, декларуються. Окрім того, міститься вказівка на те, що має враховуватися джерело надходження відповідного подарунку – «якщо сукупна вартість таких подарунків, отриманих з одного джерела, перевищує 1% порогової суми»¹³⁷. У Федеративній Республіці Німеччина, як, до речі, і у Іспанії, державні службовці не можуть отримувати подарунки. Члени німецького парламенту декларують подарунки, які коштують більше 5000 євро, а у Франції члени парламенту декларують всі подарунки незалежно від їх вартості. У законодавстві Іспанії взагалі використовується базова модель поведінки – «заборона приймати подарунки» й зазначається, що «мають відкидатися будь-які подарунки чи прояви прихильності, які ... виходять за рамки звичайних традицій спілкування чи прояву ввічливості і можуть поставити виконання посадовою особою її функцій в залежність від певних умов»¹³⁸. Друга нормативна модель передбачає відсутність чіткої заборони й акцент на обов'язок публічних службовців декларувати всі подарунки, які вони отримують під час перебування на публічній службі. Так, наприклад, в Латвії всі публічні службовці зобов'язані декларувати подарунки, в т.ч. й ті, хто перебуває на виборних посадах, а також члени парламенту, у Франції – передбачено обов'язок декларування всіх подарунків незалежно від їхньої вартості¹³⁹. В той же час поширеною є т.з. третя «змішана» модель, яка передбачає

¹³⁷ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / Мануель Вілморія, Стеффан Синнестрьом, Янош Берток; пер. з англ. І. Чуприна. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 17.

¹³⁸ Там само. С. 36.

¹³⁹ Там само. С. 15.

певне поєднання «заборони-обмеження» щодо одержання подарунку публічними службовцями із обов'язком останніх декларувати подарунки в залежності від їхньої вартості. Саме ця третя модель й закріпилася у вітчизняному антикорупційному законодавстві.

Законодавець України закріпив т.з. «змішану» модель відносин «подарунки для публічних службовців», а саме: заборону, обмеження і дозвіл.

Різновиди подарунків за законодавством України.

«Заборонені подарунки».

Відповідна заборона (повне унеможливлення певних діянь) поширюється на подарунки як від фізичних, так і від юридичних осіб. Головне, щоб **подарунок**, на який поширюється заборона щодо одержання, містив наступні **ознаки**: 1) був безпосередньо пов'язаний із здійсненням особою, якій цей подарунок пропонується, надається, діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) якщо особа, яка дарує, перебуває у підпорядкуванні особи, якій цей подарунок спрямовується. Саме наявність таких спеціальних ознак й зумовлює можливість вести мову про заборону щодо одержання спеціальних (службових, таких, що безпосередньо пов'язані із службовою діяльністю особи) подарунків особами, зазначені у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції». Це положення національного законодавства узгоджується із ст. 18 Модельного кодексу поведінки посадових осіб державної влади та місцевого самоврядування – додатку до Рекомендації R (2000) 10 Комітету Міністрів Ради Європи від 11.05.2000 року, згідно з якою «посадовій особі взагалі заборонено вимагати або приймати подарунки, а також знаки уваги, прояви гостинності або інші будь-які вигоди для себе чи своєї родини, близьких родичів і друзів, або осіб чи

організацій, з якими він має ділові чи політичні стосунки»¹⁴⁰, а також ст. 9 Міжнародного кодексу поведінки державних посадових осіб (Резолюція 51/ 59 Генеральної Асамблеї ООН від 12.12.1996 року¹⁴¹, та положеннями зарубіжного законодавства (наприклад, ст. 5 Етичних правил для державних службовців Литовської Республіки, ст. 71 Федерального закону Німеччини про державних службовців, Етичних принципів поведінки державних службовців Королівства Норвегії, ст. 8 Кодексу етики посадових осіб та державних службовців Чеської Республіки тощо). У законодавстві США взагалі виділяються «заборонені джерела» для одержання подарунків, якими є особи, які мають намір вплинути на об'єктивність, неупередженість службовця під час його діяльності¹⁴².

В той же час слід зазначити, що окремі підзаконні акти можуть містити положення, які передбачають певні винятки із загальних заборонних правил щодо подарунків від підлеглих. Так, наприклад, Правилами етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затверджених наказом ДФС від 01.12.2017 року № 797, у п. 25 «Подарунки керівникам» розділу IV «Подарунки» передбачено, що «подарунок може бути подарований керівнику або прийнятий від підлеглого або іншого працівника з приводу особливих нагод, якими є події, що мають персональне або традиційне значення, з нагоди державних або професійних свят». При цьому обмеження щодо вартості, джерела та періодичності їх надходження, передбачені у ч. 2 ст. 23 цього Закону, також поширюються і на ці подарунки. Така практика є досить поширеною і у зарубіжних країнах. Так, зокрема, у США, згідно із Директивою,

¹⁴⁰ Model Code of Conduct for Public Officials. URL: <http://workspace.unpan.org/sites/internet/Documents/UNPAN038306.pdf>

¹⁴¹ International Code of Conduct of Public Officials. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/S1/aS1r059.htm>

¹⁴² Етичні норми поведінки державних службовців в системі органів виконавчої влади. Директива Управління службової етики державних органів США Звід Федеральних нормативних актів № 5, частина 2635.

передбачено, що керівникові можна зробити подарунок, якщо між службовцями існують «особисті стосунки» (§ 2635.301), якщо подарунок не перевищує за своєю вартістю 10 доларів США, окрім готівкових грошових коштів; харчові продукти, прохолодні напої, які поширюються серед декількох співробітників установи; подарунки, які зроблені особами, які запрошені на прийом, за характером і вартістю відповідають заходу відповідного рівня (§ 2635.304), подарунки на «особливі, нечасті події» (подій особистого характеру – укладання шлюбу, народження дитини тощо), вихід на пенсію, переведення на іншу посаду тощо (§ 2635.304).

У практичній діяльності для застосування положень чинного антикорупційного законодавства **подарунком** вважається «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають (одержують) безоплатно або за ціною нижчою мінімальної ринкової» (ст. 1 цього Закону). Щоправда, підзаконними актами щодо стандартів (правил) етичної поведінки та запобігання корупції в окремих органах може відповідне поняття уточнюватися. Так, наприклад, Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979, у ст. 18 розділу IV «Подарунки» додатково зазначено, що поняття «подарунок» може включати в себе «послуги, які надають або ж одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової), а також безоплатне навчання, транспортування, проживання та харчування, як ті, що надаються безпосередньо, так і шляхом придбання квитків, передплати, або відшкодування вартості після того, як було зроблено проплату».

У законодавстві зарубіжних країн також можна знайти доволі розширені визначення, а т.ч. й деталізовані, подарунку. Так, наприклад, Етичні норм поведінки державних службовців в системі органів виконавчої влади,

затверджені Директивою Управління службової етики державних органів США¹⁴³ подарунок визначають як «грошову винагороду, утримання від будь-яких дій чи інші дії або предмети, які можуть мати грошовий вираз». Це також можуть бути послуги, оплата витрат на навчання, транспортування, місцеві поїздки, проживання, харчування або ж у натуральній формі, або ж в іншій формі (відшкодування витрат, придбання квитків тощо).

Подарунок слід відмежовувати від **неправомірної вигоди**, яка розглядається як «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав» (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»). Акцент слід зробити на тому, що саме відсутність законних підстав для одержання, а саме протиправний характер їх й зумовлює відмінність подарунку від неправомірної вигоди. Саме тому цілком можна погодитися із тим, що у разі надходження «грошових коштів, майна, пільг ...» за належне виконання особою, передбаченою у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 цього Закону, своїх службових дій, її дії щодо одержання таких «грошових коштів, майна, пільг ...» слід кваліфікувати саме як порушення заборони щодо одержання подарунку¹⁴⁴. Останній може мати різні зовнішні форми виразу, це підтверджується й перерахуванням можливих його зовнішніх форм у визначенні, закріпленому у ст. 1 цього Закону, й вказівкою на такі форми у рішенні НАЗК від 11.08.2016 року № 3 «Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», а саме п. 45

¹⁴³ Звід Федеральних нормативних актів № 5, частина 2635 в редакції 76 FR 38547 із змінами та доповненнями.

¹⁴⁴ Берднікова К.В. Особливості нового антикорупційного законодавства у сфері адміністративної відповідальності за порушення встановлених законодавством обмежень щодо одержання подарунків. *Адміністративне право і процес*. 2015. № 1 (11).

зазначено, що «подарунок вважається доходом незалежно від того, в якій формі вони отримуються – грошових коштів або в іншій формі».

Досить часто «службовий подарунок» ототожнюється із «пожертвою» (тим більш, що раніше діючий вітчизняний базовий законодавчий акт використовував ці поняття як синонімічні) й у розумінні сучасного антикорупційного законодавства це є цілком виправданим, бо має місце співпадіння обов'язкових ознак, хоча й офіційна дефініція, закріплена у ЦК України, дещо відрізняється за змістовним наповненням.

При цьому слід зазначити, що для подарунків, на які поширюється заборона (безпосередній зв'язок із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, або ж від осіб, які перебувають у підпорядкуванні щодо особи, якій подарунок зорієнтований), т.з. **«неправомірних подарунків»**, вартість подарунку немає значення. Заборона поширюється й на т.з. «подарунки для публічного службовця через чи для його близьких осіб», «опосередковані подарки», саме тому законодавець чітко зафіксував «... для себе чи близьких осіб». Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979, у п. 20 «Подарунки, які надаються опосередковано», розділу IV «Подарунки» чітко визначають, що подарунками, які надаються опосередковано, є: 1) якщо вони адресовані близьким особам працівника внаслідок відносин дарувальника та працівника, при обізнаності та згоді останнього; 2) вони надаються будь-якій іншій особі або організації, у т.ч. благодійній, за вказівкою, рекомендацією або внаслідок інших аналогічних дій працівника. Така ж норма закріплена і у законодавстві США «подарунки в неявній формі».

Головне для **«забороненого подарунка»** те, щоб було встановлено зв'язок відповідного подарунку саме із службовою діяльністю чи спеціальним правовим статусом цієї особи,

а хто безпосередньо його отримав чи на кого із близьких осіб цієї «спеціальної особи» він був зорієнтований суттєвої ролі не відіграє. У будь-якому випадку такий подарунок набуває ознак «забороненого», «неправомірного». У Королівстві Норвегія заборонено службовцям отримувати подарунки задля уникнення морального зобов'язання створювати особливі умови для дарувальника, у Литовській Республіці – для дотримання службовцями одного із основних етичних принципів служби – «непідкупності», як і у Чеській Республіці тощо.

Заборонна модель поведінки щодо подарунків передбачена для публічних службовців у законодавстві багатьох зарубіжних держав. Так, наприклад, у Фінляндії взагалі заборонено отримувати зазначеними особами будь-які подарунки, послуги розважального характеру від осіб, справи яких знаходяться на розгляді, у Франції, Канаді, Китаї за порушення аналогічних заборон передбачена кримінальна відповідальність.

«Подарунки, щодо одержання яких встановлені обмеження».

Законодавець дозволяє отримання подарунків особами, зазначеними у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», із дотриманням встановлених меж («рамок», «лімітів»), звідси й ***«обмеження щодо одержання подарунків»***. «Дозволеними» подарунками вважаються ті, що:

1) не є неправомірними (ознаки передбачені у частині першій цієї статті);

2) відповідають загальноновизнаним уявленням про гостинність;

3) вартість яких не перевищує одного прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленого на день прийняття подарунку, якщо цей подарунок надходить від особи

одноразово, або ж сукупна вартість яких, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня того року, в якому прийнято подарунок.

Для цих **«подарунків, для отримання яких встановлені межі»**, важливим є: 1) вартісна їх ознака; 2) джерело їх надходження (від однієї і тієї ж особи або групи осіб); 3) періодичність надходження (одноразово протягом року або ж кілька разів із акцентом на прив'язку до одного і того ж джерела та сукупну вартість отриманих подарунків). Важливо, що у разі, коли подарунок дарується одноразово, його вартість визначається у прив'язці до прожиткового мінімуму саме на момент (день) прийняття цього подарунку. У разі ж, коли подарунки даруються неодноразово, їх сукупна вартість визначається у прив'язці також до прожиткового мінімуму, однак встановленого саме на 1 січня того року, в якому подарунки (а вони можуть бути подаровані із перервою у півроку, дев'ять місяців тощо, й прожитковий мінімум може змінюватися) прийнято. Визначення меж («рамок», «лімітів») для «дозволених подарунків» із акцентом на їх вартісну ознаку є досить поширеною практикою для нормотворчості зарубіжних країн (наприклад, у Великій Британії особам, які обіймають посади за призначенням, дозволено отримувати подарунки, вартість яких не перевищує 140 фунтів стерлінгів, у деяких країнах Європи ця межа дорівнює ста євро, у Російській Федерації – трьом тисячам рублів, у США – двадцяти долларам США на одного дарувальника в кожному конкретному випадку, за умови, що сукупна вартість подарунків протягом року з одного джерела не перевищує п'ятдесяти долларів США. Щоправда, це положення не поширюється на грошову готівкову масу).

Чимало запитань викликає тлумачення на практиці оціночного словосполучення **«відповідність подарунку**

загально визнаним уявленням про гостинність». Одразу ж слід зазначити, що у зарубіжному антикорупційному законодавстві також можна знайти положення аналогічного змісту (наприклад, у законодавстві Канади – «... якщо це не виходить за межі прийнятної ввічливості та гостинності у суспільстві», у законодавстві Іспанії – «... у рамках звичайних традицій спілкування чи прояву ввічливості ...»), як і у Модельному кодексі поведінки державних службовців (наприклад, «... традиційних невеликих подарунків»), без надання офіційної дефініції. У вітчизняній нормотворчій практиці і раніше спостерігався такий підхід до врегулювання цього питання. Так, наприклад, свого часу Міністерство юстиції України у роз'ясненні від 28.07.2011 року «Одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», щоправда стосовно положень раніше діючого базового антикорупційного закону, зафіксувало, що «дозволені подарунками можуть бути ... прояви гостинності (запрошення на каву або вечерю) у скромних масштабах, які широко використовуються для налагодження добрих ділових відносин і зміцнення робочих стосунків».

Гостинність (від lat. Host) є «складним явищем соціальної культури, яке поєднує: а) настанову суспільної свідомості на доброзичливе ставлення до представників іншого народу, нації, держави; б) систему відповідних морально-етичних норм спілкування з ними як з «гостями» та поведінку «у гостях»; в) сукупність певних інститутів, що практично забезпечують додержання цих норм, є результатом складного, тривалого, діалектично суперечливого процесу соціокультурного розвитку людства»¹⁴⁵. Гостинність є своєрідною моделлю моральної поведінки, основою якої виступають ритуали, звичаї, традиції, норми моралі та права.

¹⁴⁵ Поплавська А.В. Феномен гостинності у соціокультурному просторі: від витоків до сучасності: Дис... кандидата культурології. К., 2017. С. 171.

Вона притаманна усім народам світу, однак у різних формах свого зовнішнього прояву, із своєрідним ступенем розвиненості, специфікою, обумовленою рівнем розвитку культури у регіонах, місцевими уподобаннями, звичаями, обрядами, ритуалами, смаками тощо.

Матеріальним символом гостинності у народі традиційно вважався подарунок, цінність якого полягала не стільки у самій речі, скільки у зв'язках, які встановлювалися і підтримувалися між дарувальником і отримувачем подарунку¹⁴⁶. Отже, подарунок відігравав роль символічного предмету для налагодження та підтримки доброзичливих, дружніх відносин. На Русі «подарунок» взагалі ототожнювався із «гостинцем» (походить від слова «гість»), який кожна особа, яка входила до оселі, мала передавати господарю, а останній надавав «добре частування» гостю. В той же час слід зазначити, що іноді подарунки наділялися додатковим змістом, передбачаючи «обов'язкові зворотні зобов'язання привітального характеру» для того, кому подарунок надавали (саме тому умовно виділяють кілька різновидів зв'язку подарунку із гостинністю: «дарообмін» та «безумовний дар»).

У будь-якому випадку **«загально визнані уявлення про гостинність»** – це словосполучення, тлумачення якого пов'язане із проявом суб'єктивного оціночного розсуду особи, що ґрунтується на сформованих історично звичаях, традиціях, ритуалах, уподобаннях, смаках, історично зумовлених настановах суспільної свідомості щодо доброзичливого ставлення до особи, громадських об'єднань, держави, морально-етичних нормах спілкування. Вона може передбачати надання або ж обмін предметами, проявами зовнішньої уваги символічного (незначного за розміром, вартістю) характеру, без ознак систематичності.

¹⁴⁶ Прима В. Гостинність як безумовний дар: до постановки проблеми. *Культура і мистецтво у сучасному світі*. 2016. Вип. 17. С. 93.

У законодавстві деяких зарубіжних країн також можна знайти інший спосіб врегулювання цього питання, а саме шляхом перерахування тих предметів, послуг, пільг, переваг, які не є подарунками у класичному для нашої вітчизняної практики вигляді, а отже є дозволеними, завдяки поширеності та тривалості свого використання. Так, наприклад, у США такими є: легка закуска, прохолодні напої (фруктовий сік, кава з булочкою), які подаються у помірній кількості окремо від основного прийому їжі, вітальні листівки й предмети незначної внутрішньої вартості (пам'ятні подарунки, почесні значки, які передбачаються лише для презентації установи, нагороди для переможців конкурсів тощо) (зазначена Директива Управління службової етики державних органів США).

«Дозволені подарунки».

Обмеження щодо одержання подарунків не поширюються на подарунки (отже вони є **дозволеними подарунками**), які: 1) даруються близькими особами, перелік яких надається у ст. 1 цього ж Закону; 2) одержуються як загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, призи, премії, бонуси. При цьому ключовою буде вказівка саме на їх **«загальнодоступність»**, що нівелює специфіку правового статусу особи, якій ці подарунки надаються, пропонуються, а також специфіку її діяльності. Жодних обмежень щодо вартості, періодичності надання, дарування таких подарунків немає. Інколи подарунки від близьких осіб ще називають «подарунками на основі особистих відносин». Так, наприклад, Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979, у п. 23 «Подарунки на основі особистих відносин» передбачають, що «працівник може прийняти подарунок за обставин, коли очевидно, що цей подарунок мотивовано сімейними відносинами або особистою дружбаю, а не служ-

бовим становищем особи». При цьому навіть зазначається, що підставами для такого висновку слугують: 1) історія взаємовідносин; 2) впевненість у тому, що близькими особами чи друзями цей подарунок придбано за власні кошти. Аналогічні положення можна знайти і у законодавстві зарубіжних країн (наприклад, у США).

Щоправда, передбачається обов'язок осіб, зазначених у пунктах 1,2 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції», декларувати отримані подарунки (декларування подарунків розглядається в якості одного із дієвих засобів вирішення конфлікту інтересів на публічній службі) у разі, якщо їх вартість перевищує п'ять прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня звітного року, а якщо подарунки у грошовій формі – якщо їх розмір (у разі отримання від однієї особи або групи осіб протягом року) перевищує п'ять прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня звітного року (п. 7 ст. 46 цього ж Закону, п. 45 Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю, затвердженого рішенням НАЗК від 11.08.2016 року № 3, Методичні рекомендації щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням НАЗК від 29.09.2017 року № 839). Ці подарунки можна вважати **«особистими»**, такими, що не впливають і не можуть вплинути чи навіть створити враження щодо впливу на службову діяльність особи. Отже жодних обмежень щодо їх одержання у законодавстві не передбачено.

Щоправда, окремими підзаконними актами відповідні положення цього Закону щодо **«дозволених подарунків»**, а саме: загальнодоступних знижок, вигравшів, бонусів тощо, можуть передбачатися певні уточнення. Так, наприклад, Правила етичної поведінки та запобігання корупції в

органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979, у п. 21 «Винятки щодо подарунків» розділу IV «Подарунки» передбачають, що «відповідні знижки ... та подібні привілеї можуть одержуватися працівниками, якщо вони є загальнодоступними та призначені для необмеженого кола споживачів. При цьому працівники не повинні користуватися знижками та подібними привілеями, якщо для їх отримання були витрачені державні кошти».

«Офіційні подарунки».

Подарунки, які одержані особами, зазначеними у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 цього ж Закону, як подарунки державі, АР Крим, територіальній громаді, державним або комунальним підприємствам, установам, організаціям, у яких ці особи працюють або які представляють, є державною або комунальною власністю. Ці подарунки отримують зазначені особи, як правило, **«під час візитів, урочистостей, інших офіційних заходів»** (п. 1.2.1 Методичних рекомендацій НАЗК від 29.09.2017 року № 839), в т.ч. протокольного характеру. Порядок передачі таких подарунків (їх називають «офіційними подарунками») визначається Кабінетом Міністрів України. Так, згідно із Порядком передачі подарунків, одержаних як подарунки державі, АР Крим, територіальних громад, державним або комунальним установам чи організаціям, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2011 року № 1195, особа, яка одержала відповідний подарунок, зобов'язана передати його органу, в якому працює або який представляє, протягом місяця. Передача подарунку здійснюється в адміністративному приміщенні органу, створюється комісія, яка визначає вартість подарунку, вирішує питання щодо можливості його використання, місця і строку зберігання, про що складається акт приймання-передачі, із передачею подарунку матеріально-відповідальній особі цього органу.

Окрема регламентація відносин щодо подарунків, отриманих службовцями за кордоном під час офіційних, в т. ч. протокольних, заходів, передбачена і у законодавстві зарубіжних країн. Так, наприклад, у США службовцям дозволяється приймати подарунки у вигляді закусок, напоїв, розважальних заходів, які пропонуються під час офіційних сніданків, ланчів, обідів та інших зустрічей, заходів, якщо їхня ринкова вартість не перевищує максимальну величину добового утримання службовця за межами США (§ 2635.204 Директиви), а також під час заходу беруть участь іноземні особи й участь іноземні особи й участь службовців США пов'язані із їх службовою діяльністю. Якщо службовець отримав «заборонений подарунок», згідно із законодавством США, від зобов'язаний або його повернути дарувальнику, або відшкодувати його вартість за рахунок Уряду США, або утилізувати його (§ 2635.205 Директиви).

Рішення, які прийняті особою, зазначеною у пунктах 1,2 частини першої статті 3 цього Закону, на користь особи, від якої вона чи її близькі особи отримали подарунок, вважаються такими, що прийняті в умовах конфлікту інтересів, незаконними, підлягають скасуванню органом або особою, уповноваженою на прийняття чи скасування рішень, або ж можуть бути визнані незаконними в судовому порядку за заявою зацікавленої особи, громадського об'єднання, юридичної особи, юридичної особи, прокурора, органу державної влади, зокрема НАЗК, органу місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 67 цього ж Закону). Копія рішення органу про скасування акту або ж одержаного для виконання рішення суду про визнання незаконним акту (рішення) протягом трьох днів надсилається до НАЗК.

Запобігання одержання та правила поводження із подарунками.

Законодавець передбачив **алгоритм дій** особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самовря-

дування, а також прирівняної бо неї особи, у разі надходження пропозиції або щодо подарунку, або щодо неправомірної вигоди. Варто зазначити, що законодавець передбачив єдиний алгоритм дій, незалежно від того, чи це пропозиція щодо неправомірної вигоди, чи пропозиція щодо подарунку. Зазначений алгоритм дій передбачено для т.з. **«безпосереднього контакту із дарувальником» «контактних подарунків та неправомірної вигоди»**, тобто випадків, коли особа, якій подарунок або неправомірна вигода зорієнтовані, візуально або в інший спосіб може встановити особу, яка цей подарунок або неправомірну вигоду пропонує.

У разі надходження такої пропозиції особа, якій ця пропозиція зорієнтована, зобов'язана (слід звернути увагу на те, що саме зобов'язана, а не «має право») невідкладно (як правило, у максимально допустимий короткий строк) вжити таких заходів:

1) відмовитися від пропозиції (відмова має бути безумовною, очевидною, своєчасною і зрозумілою для всіх, в т.ч. і для особи, яка подарунок або неправомірну вигоду пропонує);

2) ідентифікувати особу, яка зробила відповідну пропозицію, якщо це можливо (попросити назвати своє ім'я та прізвище, надати документи, які підтверджують особу, тощо);

3) залучити свідків, якщо це можливо, в т.ч. із числа співробітників органу, установи чи організації, де працює особа, якій надійшла відповідна пропозиція. Свідками вважаються особи, які мають певну інформацію (безпосередньо бути очевидцями, їм відома інформація з інших джерел тощо), яку вони можуть підтвердити під час розгляду справи у майбутньому, вирішенні спірного питання тощо. В даному випадку бажано залучати кілька свідків (законодавець вживає відповідний термін у множині) для підтвердження факту надходження пропозиції щодо подарунку або неправомірної вигоди, а також встановлення особи, яка цю пропозицію

надає. Законодавець дозволяє в якості свідків залучати в т.ч. й співробітників органу, установи чи організації, де працює особа, якій відповідна пропозиція надійшла.

4) обов'язковою дією останньої є повідомлення у **письмовій** (законодавець альтернативи не пропонує) формі про пропозицію безпосереднього свого керівника (за наявності). Безпосереднім керівником, згідно із ст. 2 Закону України «Про державну службу» є «найближчий керівник, якому прямо під порядкова особа». Безпосереднім керівником є той «керівник, який за обсягом покладених на нього функцій і повноважень має скеровувати діяльність прямо підпорядкованих йому осіб»¹⁴⁷, і який одночасно «перебуває із підлеглими особами у відносинах прямої організаційної або правової залежності (без проміжних ланок), оскільки вирішує питання щодо прийняття та звільнення ... переведення, визначення обов'язків, застосування заохочень або дисциплінарних стягнень, надання вказівок, доручень і контролю за їх виконанням» (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»).

У разі відсутності безпосереднього керівника особа може письмово повідомити про пропозицію керівника відповідного органу, підприємства, установи чи організації, а також спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції, якими є: «органи прокуратури, Національної поліції, НАЗК та НАБУ» (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»). Подання письмового повідомлення про пропозицію має відповідати встановленим правилам діловодства. Підзаконні акти можуть деталізувати положення цієї статті Закону. Так, наприклад, правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2018 року № 979, передбачають у п. 24 «Поводження з подарунками» розділу IV «Подарунки», що, якщо

¹⁴⁷ Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / наук. ред.: акад. А.О. Селіванов, акад. М.І. Іншин. К.: Парлам. вид-во, 2017. С. 19.

«працівник отримав подарунок, щодо одержання якого встановлені заборони, він зобов'язаний або повернути його дарувальнику, або сплатити йому ринкову вартість подарунку (визначення ринкової вартості подарунку передбачено у п. 18.2 цих же Правил), або передати його до благодійної організації, на баланс фіскального органу, чи знищити предмет дарування, якщо повернення є недоцільним з огляду на етичні чи інші причини». Така ж практика є поширеною і у зарубіжних країнах.

У законодавстві зарубіжних країн також передбачено алгоритм відповідних дій (або ж на рівні законодавчого, або ж підзаконного акту). Так, наприклад, у Республіці Білорусь службовець, який отримав подарунок, який «перевищує встановлені межі дозволеного подарунку», він зобов'язаний письмово повідомити свого керівника, який створює комісію для передачі подарунку державі. Якщо ж подарунок передати неможливо, службовець зобов'язаний сплатити його вартість. Це ж стосується й близьких осіб службовця, якщо вони тримали «подарунок для службовця». У разі відмови службовця добровільно передати подарунок державі, у судовому порядку подарунок вилучається за позовом державного органу.

У США передбачено обов'язок службовця повернути подарунок («заборонений подарунок») дарувальнику, або відшкодувати вартість (визначається або дійсна ринкова вартість або вартість, виходячи з ринкової ціни схожих об'єктів аналогічної якості), або передати до благодійної організації (у разі неможливості повернути завдяки недовговічності), яка ж знищити (§ 2635.205 Директиви). При цьому слід зазначити, що надання аналогічного «подарунку – відповіді» не є поверненням подарунку.

У разі, коли особа **виявила у своєму службовому приміщенні чи отримала майно**, яке може бути неправомірною

вигодою чи подарунком (**«безконтактні»**) подарунок або неправомірна вигода, коли особу, яка їх надала неможливо безпосередньо ідентифікувати, незрозумілим є факт, хто це майно надав тощо), вона зобов'язана (слід звернути увагу на той факт, що саме зобов'язана, а не «маю право») невідкладно (тобто протягом максимального допустимого короткого строку), але не пізніше одного робочого дня, письмово (законодавець не передбачає альтернативи щодо форми) повідомити про цей факт або свого безпосереднього керівника або керівника відповідного органу, підприємства, установи, організації. Подання письмового повідомлення про пропозицію має відповідати встановленим правилам діловодства. Хоча це безпосередньо у цій статті цього ж Закону і не зафіксовано, однак на практиці рекомендується по можливості забезпечити збереження цього майна й залучити свідків із числа співробітників, паралельно із підготовкою та поданням письмового повідомлення. При виявленні цього майна, яке може бути неправомірною вигодою або подарунком, складається акт, який підписують особа, яка це майно виявила, а також її безпосередній керівник та (хоча законодавець передбачає «або», однак бажано забезпечити наявність мінімум трьох підписів членів комісії) керівник відповідного органу, підприємства, установи, організації. Якщо ж таке майно виявив сам керівник органу, підприємства, установи чи організації, акт складається акт про виявлення відповідного майна, який підписують відповідно ця особа, яка виявила майно, а також та особа, яка уповноважена на виконання обов'язків керівника відповідного органу, установи, організації, у разі його відсутності (що має підтверджуватися відповідними документами). На практиці також рекомендується, по можливості, залучити свідків, т.ч. із числа співробітників.

Під **службовим приміщенням** (по аналогії із робочим приміщенням та робочим місцем) слід розуміти приміщення, де

розташоване місце постійного, переважно постійного або тимчасового перебування особи під час виконання своїх службових обов'язків, здійснення службової діяльності. Відповідне службове приміщення розташоване у службовій зоні – визначеному просторі, де розташовані місця постійного, переважно постійного або тимчасового перебування осіб під час виконання своїх службових обов'язків, здійснення службової діяльності (згідно із Наказом МНС України від 25.01.2012 року № 67 «Про затвердження Загальних вимог стосовно забезпечення роботодавцями охорони праці працівників») це «простір, відведений у будівлі чи споруді для перебування особи в процесі службової діяльності» (Закон України «**Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення**»).

Методичними рекомендаціями щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затвердженими рішенням НАЗУ від 29.09.2017 року № 839, також передбачено, що особа, яка підпадає під дію нормативно визначених обмежень щодо використання службового становища або одержання подарків, виявила майно, яке може бути або подарунком, або неправомірною вигодою, за **місцем свого проживання або під час свого перебування у громадських місцях**, вона невідкладно (протягом максимально короткого терміну) зобов'язана (слід звернути увагу на обов'язковість дій, а не «має право») повідомити у будь-якій формі, хоча на практиці по телефону рекомендується викликати спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції й письмово фіксувати відповідний факт (як правило, викликають співробітників Національної поліції). Під громадським місцем слід вважати частину (частини) будь-якої будівлі, споруди, яка доступна або відкрита для населення вільно, чи за запрошенням, або за плату, постійно, періодично або час від часу, в тому числі під'їзди, а також підземні переходи, стадіони (Закон

України **«Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення»**).

У вітчизняній адміністративно-правовій доктрині, незважаючи на розмаїття підходів щодо визначення громадського місця, у переважній більшості виділяються наступні його ознаки: 1) вони (тобто громадські місця) характеризуються територіальною визначеністю, тобто є територією, у межах якої здійснюється регулювання відносин з охорони порядку із забезпеченням заходами примусу; 2) вони використовуються з метою задоволення політичних, естетичних, економічних, культурних потреб широкого кола осіб; 3) управління ними та підтримання їх у належному стані, визначення їх переліку здійснюється територіальними громадами; 4) вони є публічними, знаходяться у вільному доступі для необмеженого кола осіб без будь-яких дозволів, хоча у випадках, визначених законодавством, перебування у них може обмежуватися¹⁴⁸.

За невиконання обов'язкових дій щодо запобігання одержання неправомірної вигоди або подарунку чи поводження з ними особа може бути притягнута до відповідності.

Предмети неправомірної вигоди, а також одержані чи виявлені подарунки зберігаються (із максимальним забезпеченням їх схоронності, незмінності) до їх передачі (із складанням акту приймання-передачі) спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції. На жаль, законодавець не запропонував чіткої регламентації механізму передачі майна та їх кінцевої реалізації. Домінуючою у правовій вітчизняній науці та у правозастосовній діяльності є позиція щодо того, що «у разі виявлення особою такого майна, після складання відповідного акту й передачі його на

¹⁴⁸ Надобко Т.Ю. Поняття «громадське місце» в науці адміністративного права. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 17. Том 1. С. 162.

зберігання до спеціально уповноваженого суб'єкта протидії корупції, це майно, за поданням останнього, має заноситися до відповідних баз даних і передаватися державі для подальшої реалізації (або безкорисливої, або ж з метою поповнення Державного бюджету)»¹⁴⁹.

Тим більше, що така практика є поширеною у зарубіжних країнах. Так, наприклад, згідно з Типовим положенням про повідомлення окремими категоріями осіб про отримання подарунків у зв'язку із їх посадовими повноваженнями або виконанням ними службових (посадових) обов'язків, передачу та оцінку подарунку, реалізацію (викуп) і зарахування коштів, отриманих від його реалізації, затвердженими Постановою Уряду РФ від 09.01.2014 року № 10, передбачено можливість реалізації (у разі недоцільності використання органом), повторної реалізації знищення та викупу службовцями подарунку. У США передбачено детальну процедуру поводження із подарунками «із зовнішніх джерел» (розділ «В» Директиви), «від державних службовців» (розділ «С» Директиви), в т.ч. й після передачі їх держав.

Правила щодо запобігання одержання та поводження не поширюються на **«дозволені» подарунки**, які відповідають вимогам, передбаченим у частині другій ст. 23 цього ж Закону, а саме: 1) не пов'язані із службовою діяльністю особи, якій подарунок надається, а також не надходять від підлеглих осіб; 2) узгоджуються із загальноновизнаними уявленнями про гостинність та відповідають встановленим «межам» щодо вартості та джерел й періодичності їх надходження; 3) від близьких осіб або ж як загальнодоступні знижки на товари, послуги, загальнодоступні виграші, премії, призи, бонуси.

¹⁴⁹ Настюк В.Я. Адміністративно-правові проблеми протидії корупції в Україні: монографія/ В.Я. Настюк, В.В. Белєвцева, О.В. Клок; за заг. ред. В.Я. Настюка. Харків: Право, 2017. С. 163-164.

У разі наявності у особи, зазначеної у пунктах 1,2 частини першої статті 3 цього ж Закону, будь-яких сумнівів щодо можливості одержання подарунку (щодо будь-яких його ознак, обмежень тощо), вона може звернутися до територіального органу НАЗК у письмовій формі із проханням надати роз'яснення. Це право (слід звернути увагу, що не обов'язок) передбачено і у п. 1.2.1 Методичних рекомендацій щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджених рішенням НАЗК від 29.09.2017 року № 839. Подібні положення закріплені у законодавстві зарубіжних країн щодо консультування з уповноваженими органами (особами) з питань етики державної служби й навіть деталізовані засади регулювання відносин після отримання службовцем консультації (роз'яснення) від спеціаліста по етиці із зазначенням правових наслідків дій. Так, наприклад, у США службовець, який після отримання консультації від спеціаліста по етиці, повернув подарунок або розпорядився ним інакше, вважається таким, що дотримався встановлених вимог.

Подорожі публічних службовців та основні засади запобігання їх неправомірного використання¹⁵⁰

Почати слід із того, що будь-які «альтернативні» джерела оплати подорожей публічних службовців, тим чи іншим чином пов'язаних із їх професійною діяльністю (наприклад, участь у роботі форумів, з'їздів, конференцій, експертних груп, обмін досвідом, підвищення їх професійної компетентності тощо), цілком можна вважати джерелами «додаткових доходів» публічних службовців. Подорожі публічних службовців, хоча і пов'язані із їх професійною діяльністю, однак оплата їх здійснюється не за рахунок державного чи муніципального бюджетів за встановленими нормативами і не за власний рахунок самих публічних службовців. Отже, публіч-

¹⁵⁰ Коломоєць Т.О. Подорожі публічних службовців: чи доцільним є впровадження антикорупційних правових нормативів? *Право і суспільство*. 2018. № 6.

ний службовець фактично отримує можливість своєї участі у таких заходах, при цьому оплату витрат такої участі не здійснює, це дозволяє вести мову про те, що джерела оплати таких витрат, які зорієнтовані на спеціального суб'єкта, наділеного публічно-владними повноваженнями, хоча вони і пов'язані із професійною діяльністю такої особи, держава не може залишити без регламентації і контролю. «Недостатня» нормативна урегульованість відповідних питань може зумовити появу «загрози публічній службі в цілому» за рахунок впливу через «альтернативні джерела» оплати подорожей публічних службовців на об'єктивність, неупередженість, прозорість професійної діяльності цих осіб. За рахунок того, що кількість таких подорожей може бути різною, як і їх безпосередня вартість, на професійну діяльність як кожного публічного службовця, так і публічної служби можна впливати по-різному. Задля усунення такого стану справ цілком доречним виглядає унормування обмежень подорожей публічних службовців, впровадження їх обов'язкового декларування (в аспекті визначення витрат на них). Якщо подорож публічного службовця, хоча і пов'язану із його професійною діяльністю, однак витрати на яку виплачуються із «альтернативного джерела», розглядати як різновид «додаткових надходжень» для публічного службовця, відповідно його цілком можна вважати різновидом подарунку, щодо одержання якого у вітчизняному законодавстві визначено заборони та обмеження. В той же час у Законі України від 14.10.2014 року «Про запобігання корупції», при визначенні поняття «подарунок», безпосередньо словосполучення «подорожі», «витрати на подорожі», «оплата подорожей» не згадуються. Хоча у Наказі ДФС України від 01.12.2017 року № 979 «Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах ДФС» вже можна знайти таке згадування, а саме: «... безоплатне навчання, транспортування, проживання, харчування, як ті що надаються безпосередньо,

так і шляхом придбання квитків, передплати або відшкодування вартості після того, як було зроблено проплату»¹⁵¹. Положення аналогічного змісту закріплення і у законодавстві зарубіжних країн (наприклад, у США «...це також оплата витрат на ... поїздки, проживання, харчування або ж у натуральній формі, або ж в іншій формі (відшкодування витрат, придбання квитків тощо)»¹⁵². Зазначене формулювання цілком можна поширювати і на подорожі публічних службовців, які, хоча і пов'язані із професійною діяльністю публічних службовців, однак фінансуються із «альтернативних джерел». Однак це положення закріплене у підзаконному акті, зорієнтованому на певну групу публічних службовців – службовця ДФС України, стосовно ж решти публічних службовців цей акт свою дію не поширює. Як наслідок, спираючись на положення базового антикорупційного законодавчого акту, враховуючи відсутність у ньому безпосередніх вказівок щодо подорожей публічних службовців, цілком можна вести мову про те, що практика фінансування з «альтернативних джерел» подорожей публічних службовців може бути різною, що визнати виправданим неможна. Якщо щодо службовців ДФС України фінансування їх подорожей з «альтернативних джерел» можна розглядати як різновид подарунку, чому не можна поширити таку практику не всіх публічних службовців? Не тільки можна, а й потрібно це зробити. І для цього не варто активізувати підзаконну нормотворчу діяльність для того, щоб охопити всіх публічних службовців. Виправданим є регулювання цього питання на рівні базового антикорупційного закону, дія якого поширюється на всіх публічних

¹⁵¹ Правила етичної поведінки та запобігання корупції в органах Державної фіскальної служби, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979. URL: <http://sfs.gov.ua/banegy/protidiya-koruptsii/antikoruptsiyna-programa-dfs/291898.html>

¹⁵² Коломоєць Т.О. Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за законодавством України: науково-практичний нарис. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2018, С. 14.

службовців. При цьому слід пам'ятати, що подорожі, хоча і пов'язані із професійною діяльністю, однак які фінансуються із «альтернативного джерела», мають узгоджуватися із обов'язковою вимогою стосовно того, що таке «альтернативне джерело» має бути дозволенним згідно із вимогами чинного законодавства. Жодних «альтернативних джерел» фінансування подорожей публічних службовців, заборонених чинним національним законодавством, не має бути взагалі, враховуючи спеціальний статус публічного службовця та особливість його професійної діяльності. Розгляд подорожей, а точніше їх оплати з «альтернативних джерел» для публічних службовців в якості виду подарунку цілком узгоджується із «концепцією розуміння подарунку як передумови для конфлікту інтересів»¹⁵³, реалізованою у національному законодавстві багатьох зарубіжних країн. Його аналіз дозволяє умовно виділити кілька пріоритетів нормативного закріплення базових стандартів щодо подорожей публічних службовців. По-перше, обов'язкове декларування витрат на подорожі, які фіксуються з «альтернативних джерел», у законодавстві різних країн для визначення останніх використовуються різні словосполучення (наприклад, у Австрії «за чужий рахунок», у Німеччині «оплачені третьою стороною», у Великій Британії «...не за власний чи державний кошт», у США «...за рахунок приватних джерел»). Це положення закріплене у законодавстві багатьох зарубіжних країн. Так, наприклад, у законодавстві Франції передбачено, що «...про них необхідно повідомити», у Японії «...підлягають декларуванню у аспекті річного прибутку», у Великій Британії «...декларуванню підлягають витрати службовців та їхніх дружин/чоловіків на подорожі за кордон, якщо вони не були здійснені повністю або частково за власний або державний

¹⁵³ Гладун О., Годуєва К. Питання запобігання корупції. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 1 (47). С. 34.

кошт... декларуванню підлягають і витрати на подорожі в межах країни...», у США «...всі транспортні витрати на подорожі підлягають декларуванню»¹⁵⁴, у Австралії «...відомості про поїздки, які фінансуються за чужий рахунок», у Канаді «...декларуються витрати на зарубіжні поїздки, які оплачуються іноземними організаторами», у Італії «...декларуванню підлягають такі витрати, із зазначенням імені особи, що їх несе», у Південній Африці «...підлягають декларуванню відомості про подорожі за кордон, за винятком тих, які здійснені за власний рахунок або якщо йде мова про ділові подорожі, які не стосуються роботи публічного органу»¹⁵⁵. По-друге, встановлення меж одержання виплат на подорожі, при цьому критерії визначення таких меж є різними. Серед таких можна виділити: а) вказівку на конкретний розмір витрат (наприклад, Німеччина, Італія); б) вказівку на тривалість подорожі (наприклад, у США дозволяється публічним службовцям їздити у подорожі з метою «встановлення фактів, а також на зустрічі, виступи та подібні заходи за рахунок приватних джерел», при цьому така подорож має бути пов'язана із професійною діяльністю і її тривалість не може перевищувати у межах країни чотирьох днів, а за кордон – семи днів¹⁵⁶); в) вказівка на суб'єкта, витрати на подорож якого фінансується (наприклад, безпосередньо публічний службовець – у законодавстві Німеччини, Італії, Австралії, публічний службовець та його дружини (чоловік) – у законодавстві Великої Британії, публічний службовець а також його дружини (чоловік) або дитина, «які будуть супроводжувати» – у законодавстві США)¹⁵⁷; г) з використанням оціночного поняття (наприклад,

¹⁵⁴ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суслової, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017, С. 48-54.

¹⁵⁵ Там само. С. 48-54.

¹⁵⁶ Там само. С. 54.

¹⁵⁷ Там само. С. 48-54.

«загальноприйнятна норма» у законодавстві Кореї при визначенні розміру витрат на подорожі, «обґрунтовані витрати» на подорожі, які покривають організатори конференцій, – у законодавстві Великої Британії, «відповідність принципу взаємного культурного обміну» – щодо «розміру витрат на подорожі, які виплачує принципал – громадянин іноземної держави», – у законодавстві США¹⁵⁸. Щоправда, є країни, у законодавстві яких обмежень щодо подорожей публічних службовців немає. Так, наприклад, у законодавстві Аргентини жодних обмежень щодо подорожей немає. У законодавстві Чехії взагалі передбачено, що «подорожі, проживання, харчування та інші види виплат, які отримуються при здійсненні службових обов'язків, не вважаються подарунком»¹⁵⁹. Немає обмежень щодо подорожей публічних службовців, а отже й фінансування їх з «альтернативного джерела» у законодавстві Японії, Південної Африки та ін. Враховуючи досвід зарубіжних країн щодо врегулювання відповідного питання та з метою удосконалення правових засад запобігання передумов виникнення конфлікту інтересів у діяльності публічних службовців в Україні, цілком логічним вбачається наступне. По-перше, внесення доповнень до ст. 1 Закону України від 14.10.2014 року «Про запобігання корупції» й доповнення визначення «подарунок» словосполученням після слів «мінімальною ринковою» наступного змісту: «а також оплата за навчання, транспортування, подорожі, проживання, харчування, які надаються безпосередньо, так і шляхом предоплати або відшкодування їх виплат». Це дозволить максимально узгодити нормативне визначення витрат на подорожі як виду подарунку із загально визначеною та

¹⁵⁸ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суислової, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017. С. 48-54.

¹⁵⁹ Там само. С. 48.

впровадженою у вітчизняне законодавство «концепції розуміння подарунку як передумови для виявлення конфлікту інтересів у діяльності публічних службовців. По-друге, доповнити ст. 23 Закону України від 14.10.2014 року «Про запобігання корупції» у ч. 1 п. 3 наступного змісту: «забороняються подорожі, навчання, участь у різноманітних заходах, пов'язаних із професійною діяльністю публічного службовця, якщо їх фінансування здійснюється не за власний рахунок і не за рахунок державного чи муніципального бюджетів, а із джерел, заборонених згідно із законодавством України». По-третє, доповнити ч. 2 цієї ж статті Закону після першого абзацу положеннями наступного змісту: «Ці ж вимоги поширюються і на витрати на навчання, подорожі публічних службовців, які безпосередньо пов'язані із їх професійною діяльністю. Всі витрати підлягають обов'язковому декларуванню, із зазначенням безпосереднього джерела виплат». А також доповнити п. 2 ч. 1 цієї ж статті наступного змісту: «Витрати на навчання, подорожі публічних службовців за кордон мають відповідати встановленим для такого виду витрат вітчизняним закріпленим нормативом». По-четверте, ч. 2 ст. 24 цього ж Закону доповнити п. 4 наступного змісту: «У разі з'ясування відомостей про заборонене джерело фінансування витрат на навчання, подорожі публічного службовця, або ж у разі відсутності зв'язку навчання або подорожі, що фінансується не за власний рахунок особи або державного чи місцевого бюджету, із професійною діяльністю публічного службовця, особа зобов'язана негайно повідомити письмово свого керівника, а також НАЗК». По-п'яте, ч.1 ст.46 цього ж Закону доповнити п. 13 наступного змісту: «доходи у вигляді оплат витрат на навчання, подорожі, безпосередньо пов'язані із професійною діяльністю, яка здійснюється за рахунок інших джерел, ніж власний рахунок особи чи державний чи місцевий бюджет. Такі витрати включаються і у випадку, якщо вони

поширювалися і на близьких осіб публічного службовця. Відомості подаються із зазначенням їх кількісних показників і джерела фінансування».

Відповідальність за порушення заборон та обмежень щодо одержання подарунків.

За порушення **заборони**, встановленої ч. 1 ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції» у зв'язку із здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, особа може бути притягнута до відповідальності за ст. 368 («**Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою**»), 368-4 («**Підкуп особи, яка надає публічні послуги**») КК України. За порушення **заборони**, встановленої ч. 1 ст. 23 цього Закону не у зв'язку із здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, особа може бути притягнута до відповідальності за ст. 172-5 КпАП України.

За порушення **обмежень** щодо одержання подарунків (їх називають «спеціальними обмеженнями»), передбаченими ч. 2 ст. 23 цього ж Закону (не у зв'язку із здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування), а також за **невиконання обов'язку**, встановленого ч. 1 ст. 24 цього Закону (у частині відмови особи від пропозиції подарунку), а також **невиконання обов'язку**, встановленого ч. 3 ст. 23 цього Закону (у частині передачі подарунку, одержаного як подарунку державі, АР Крим, територіальній громаді, державному чи комунальному підприємству, установі чи організації), передбачена можливість притягнення винної особи до відповідальності у відповідності до ст. 172-5 КпАП України «Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків», що тягне за собою накладення штрафу від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією

такого подарунка. Та сама дія, вчинена особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за порушення, передбачене частиною першою цієї статті, тягне за собою накладення штрафу від двохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією такого дарунка (пожертви) та з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю строком на один рік.

За вчинення тих самих дій, пов'язаних із заволодінням подарунком або передачею його іншій особі, винна особа може бути притягнута до відповідальності згідно із ст. 191 (**«Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем»**) КК України. За **невиконання обов'язку**, встановленого ч.ч. 1,2 ст. 24 цього ж Закону (у частині неповідомлення про отримання пропозиції неправомірної вигоди або подарунку, неповідомлення про виявлення у своєму службовому приміщенні чи отримання майна, що може бути неправомірною вигодою, або подарунка) передбачена можливість притягнення винної особи до відповідальності за ч. 1 ст. 172-7 КпАП України (**«Порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів»**), а саме: Неповідомлення особою у встановлених законом випадках та порядку про наявність у неї реального конфлікту інтересів – тягне за собою накладення штрафу від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) або ст. 172-9 КпАП України (**«Невжиття заходів щодо протидії корупції»**), а, саме: 1. Невжиття передбачених законом заходів посадовою чи службовою особою органу державної влади, посадовою особою місцевого самоврядування, юридичної особи, їх структурних підрозділів у разі виявлення корупційного правопорушення – тягне за собою накладення штрафу від ста двадцяти п'яти до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2. Та сама дія, вчинена повторно протягом року після застосування заходів адміністративного стягнення, – тягне за собою накладення штрафу від двохсот п'ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян).

2.3. Обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування¹⁶⁰

Специфічні ознаки обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, та їх закріплення у законодавстві.

Специфіка цього обмеження зумовлена його ознаками, які у своїй сукупності і формують ресурс обмеження в цілому, зумовлюючи своєрідність, унікальність, відмінність від решти обмежень, які також спрямовані на «запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням». Для з'ясування реальної специфіки ресурсу цього виду обмеження варто зупинитися на його ознаках. Перш за все, доцільно було б зупинитися на нормативному формулюванні назви цього виду обмеження. Якщо щодо всіх інших обмежень законодавець використовує типові словосполучення – «обмеження щодо...» («...використання службових повноважень чи свого становища», «...одержання подарунків», «...сумісництво та суміщення з іншими видами діяльності», «...спільної роботи близьких осіб»), для цього виду обмеження законодавець обирає інший підхід і вже у назві акцент робить не на конкретних діяннях, а на періоді дії обмеження («обмеження після припинення діяльності...»). Тобто, якщо стосовно всіх інших

¹⁶⁰ опубліковано: Коломоєць Т.О., Кушнір С.М. Обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, особливий різновид спеціального антикорупційного обмеження. Вісник Запорізького національного університету. *Юридичні науки*. 2018. № 3.

обмежень цілком можна було б порушити питання «що підлягає обмеженню?», «обмеження поширюється на що?», в той же час як стосовно цього виду обмеження відповідне запитання має формулюватися так – «обмеження поширюється коли?» Вже у самій назві законодавець чітко закріпив свою позицію, що стосовно останнього обмеження акцент його уваги сконцентрований на періоді дії такого обмеження.

На відміну від решти спеціальних обмежень, обмеження після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, зорієнтоване на особливого суб'єкта. Останнім є не особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а «особа..., яка звільнилася або іншим чином припинила діяльності, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування» (п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону), тобто фактично суб'єктом є «...колишня особа, уповноважена на виконання вищезазначених функцій. Такою є особа «...з наступного дня після припинення нею діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування»¹⁶¹. Як наслідок, у наукових, науково-практичних джерелах можна зустріти такі словосполучення, які використовуються для позначення суб'єктів цього обмеження, – «колишні публічні службовці», «екс-функціонери», «екс-службовці» тощо. Більше того, суб'єктом такого обмеження є особа, яка за своїми ознаками під час виконання вищезазначених функцій, «фактично «підпадала» під дію п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», в той час як, наприклад, обмеження щодо одержання подарунків поширюються на осіб, зазначених у п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього ж Закону, а, наприклад, обмеження спільної роботи близьких осіб – на осіб, зазначених у підрозділах «а», «в» – «з» п. 1 ч. 1 ст. 3 цього ж

¹⁶¹ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваіте, 2018. С. 220.

Закону. Отже, особа, яка під час виконання своїх повноважень, прирівнювалася до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після припинення своєї діяльності не може вважатися особою, на яку поширюється відповідне обмеження.

Аналіз ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції» свідчить про те, що, хоча законодавець у назві статті використовує слово «обмеження», по тексту фактично мова йде про заборону («табу», «імперативну вимогу»). Законодавець у п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону використовує термін «забороняється», при перерахуванні тих діянь, на які поширюється дія зазначеної статті, що фактично створює передумови для порушення питання про узгодженість назви і змісту статті, щодо відповідного виду обмеження. Незважаючи на певну «близькість» заборони і обмеження, їх ототожнювати неможна, оскільки заборона передбачає «унеможливлення діяння, а обмеження допускає діяння у межах, які нормативно закріплені»¹⁶². Що ж насправді законодавець передбачав, формулюючи положення ст. 26 Закону? У назві «обмеження...», у п. 1 ч. 1 цієї статті «...забороняється...», у ч. 2 ст. 26 знову ж таки «...обмеження». Аналіз змісту статті свідчить про те, що законодавець фактично ототожнює «заборону» і «обмеження». Більше того, з огляду на наслідки порушення вимог ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції», цілком можна вести мову про те, що законодавець дійсно ототожнює їх, оскільки жодного зв'язку ст. 26 Закону та ст. 172-8 КпАП України, яка передбачає відповідальність за розголошення або ж використання в своїх інтересах інформації особою, якою ця інформація стала відомою у зв'язку із виконанням своїх службових повноважень (а такі дії визначаються як

¹⁶² Коломоєць Т.О., Лютиков П.С. Обмеження щодо одержання подарунків публічними службовцями: деякі дискусійні питання нормативного закріплення у законодавстві України. *Право і суспільство*. 2017. № 8. Ч. 2. С. 77.

складова змістовного наповнення відповідного спеціального обмеження), немає (суб'єктом правопорушення, передбаченого ст. 172-8 КпАП України, є «діюча» особа, а не «особа після припинення діяльності»). Наслідки ж порушення обмеження щодо трудових відносин та правочинів передбачені у ч. 2 ст. 26 Закону й вони не є адміністративними обмеженнями. Можна було б заперечувати цей висновок із посиланням на те, що законодавець, при формулюванні решти обмежень, також використовує словосполучення «забороняється отримання» (наприклад, ч. 1 ст. 23 Закону щодо «заборонених» подарунків), «забороняється займатися...» (наприклад, ч. 1 ст. 25 Закону щодо «заборонених видів діяльності» при сумісництві та суміщенні). Проте, аналіз положень, які закріплюють інші види обмежень, свідчить про те, що, поряд із «імперативними приписами», законодавець й закріплює межі тих діянь, які можна здійснювати у разі дотримання відповідних меж. При формулюванні ж обмеження після припинення діяльності з виконання функцій держави або місцевого самоврядування таких «меж» можливих діянь немає. Обмеження після припинення діяльності з виконання функцій держави або місцевого самоврядування є комплексним за своїм змістом, оскільки передбачає: а) імперативні приписи щодо заборони трудових, цивільно-правових відносин, господарсько-правових відносин з юридичними особами приватного права, фізичними особами-підприємцями, щодо яких суб'єкт обмеження здійснював повноваження нагляду, контролю, підготовки чи прийняття рішень. Такі імперативні приписи цілком умовно можна назвати «такими, що зорієнтовані щодо унеможливлення використання переваг публічної служби колишнім публічним службовцем у приватному секторі». б) імперативні приписи щодо заборони розголошення чи використання у своїх інтересах тієї інформації, яка стала відома суб'єкту у зв'язку із виконанням службових

повноважень (їх цілком можна умовно назвати «інформаційними»); в) імперативні приписи щодо представництва інтересів у справах, іншою стороною у яких є та установа, орган, підприємство чи організація, у якій суб'єкт працював на момент припинення відповідної діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, т. з. «представницькі» (ч. 1 ст. 26 Закону). Достатньо «широким» є спектр діянь, щодо яких поширюється дія «обмежень після припинення діяльності», різноваріативними є форми їхнього зовнішнього вираження, що також відрізняє цей вид обмеження від решти, що й обумовлює складнощі у правозастосуванні (і інформація, яку особа може або «розголосити» або «в інший спосіб використати», і ускладнення правочинів, трудових договорів, і представництво інтересів у різних органах). Саме багатомайття різних діянь, які особа може вчиняти, а також сфер прояву таких діянь й суб'єктів, з якими особа може вступати у відносини, ускладнює правозастосування, обумовлюючи різноваріативність її результатів.

Особливістю цього виду обмеження є й його переважна строковість дії, в той час як решта обмежень «супроводжують» особу тільки протягом її діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування. Спеціальний характер останніх зумовлений специфікою статусу особи та особливістю її діяльності. Вони припиняють свою дію із втратою особою такого статусу та із припиненням здійснення нею такої діяльності. В той же час «обмеження після припинення» навпаки починає діяти після втрати такого статусу особою і припинення здійснення останньої діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Одночасно слід зазначити, що із трьох складових об'єкту регулювання ст. 26 Закону, дві передбачають строковість дії обмеження, одна – безстроковість. Так, імперативи щодо трудових, цивільно-правових та

господарсько-правових відносин, а також щодо представництва інтересів будь-якої особи у справах (в т.ч. і тих, що розглядаються в судах) обмежуються одними роком з моменту припинення особою діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Імперативні положення щодо розголошення інформації діє безстроково. Строковість імперативу є цілком виправданим з огляду на те, що особа може з урахуванням реалій життя змінити сферу діяльності, вимушена знайти місце роботи для забезпечення існування себе, осіб, які знаходяться на її утриманні тощо. З плином часу змінюються передумови для виникнення, зміни, припинення публічно-правових відносин, зникають передумови для виникнення конфлікту інтересів особи і публічної адміністрації, а отже і передумови для збереження такого виду обмеження для особи, яка «вже давно припинила діяльність». Чи доцільним є впровадження саме однорічного терміну дії цього обмеження? Для відповіді на це запитання варто враховувати ті кардинальні зміни, які відбуваються у публічному адмініструванні, що істотно модифікують засади його інформаційного, кадрового, організаційного та функціонального забезпечення, а отже й істотно зменшує «зв'язки» протягом року особи із її «колишньою» діяльністю, пов'язаною із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, усуває передумови для виникнення конфлікту інтересів публічного адміністрації та «екс-функціонера»¹⁶³. Впровадження більш тривалого терміну можна було б розглядати як певний прояв порушення права особи на «гідну роботу», «гідну оплату праці», «гідні умови праці», хоча, як свідчить аналіз зарубіжного законодавства, поширеними є й терміни різної тривалості. Окрім того, слід пам'ятати про те, що «колишніми» можуть бути як,

¹⁶³ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваіте, 2018. С. 221.

наприклад, державні службовці, які займають посади державної служби категорії «В», так і особи, які обіймають політичні посади, «ресурс служби» яких є дещо різним, а отже і «перспективні можливості» щодо використання їх у «приватному секторі» після припинення діяльності, пов'язаної з такою службою, також є різними. У цьому аспекті виникає питання про можливість диференціації термінів дії такого обмеження стосовно осіб, які обіймали політичні посади, й тих, які таких посад не обіймали.

Правові наслідки недотримання обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування

Правовими наслідками порушення обмеження після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, є: а) припинення трудового договору (ч. 2 ст. 26 Закону); б) визнання недійсними правочинів (ч. 2 ст. 26 Закону); в) відповідальність (з урахуванням обставин справи) за ст. ст. 132, 145, 163, 168, 182, 359, 159, 231, 232, 328, 381, 432, 330, 387, 209-1, 387 КК України; г) відповідальність (з урахуванням обставин справи) за ст. 51-2, 163-9, ч. 3 ст. 164-3, 166-9, 185-11 КпАП України; ґ) відшкодування завданих збитків, шкоди державі; д) скасування або ж визнання недійсним рішення, нормативно-правового акту, виданих (прийнятих) з порушенням законодавства; е) відновлення порушених прав юридичних та фізичних осіб, відшкодування їм збитків; є) конфіскація або спеціальна конфіскація незаконно одержаного майна¹⁶⁴. Отже, і в аспекті визначення правових наслідків недотримання «обмеження після припинення діяльності» також є комплексним й передбачає можливість притягнення особи до різних видів юридичної відповідальності. Щоправда, на відміну від інших видів

¹⁶⁴ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваїте, 2018, С. 224.

спеціальних обмежень, за недотримання яких чітко передбачено відповідальність у статтях кодифікованих деліктних актів, що усуває підстави для різноваріативного тлумачення нормативних положень та звужує межі для суб'єктивного розсуду суб'єкта застосування, підстави відповідальності за порушення «обмеження після припинення діяльності» розпорошені у численних різногалузевих нормативно-правових актах, які передбачають можливість притягнення винної особи до різних видів юридичної відповідальності. При цьому розмаїття зовнішніх форм прояву порушення «обмеження після припинення» зумовлює можливість прояву суб'єктивного розсуду у процесі тлумачення, кваліфікації, прийняття рішення про вид юридичної відповідальності, вид і розмір реакції на порушення відповідного обмеження. Завдяки цьому практика правозастосування стосовно цього обмеження як у частині дотримання приписів, так і у частині недотримання є доволі різноманітною. Розмаїття зумовлене й специфікою суб'єктів недотримання, й формами прояву недотримань, й специфікою застосовної діяльності різних суб'єктів реагування, в т.ч. й адекватністю реагування (вид, розмір заходу реагування) на порушення «обмеження після припинення діяльності». Так, зокрема, цілком можна погодитися із тим, що в наявності різноваріативність результатів вирішення питання щодо відповідальності особи за недотримання вимог щодо нерозголошення відомостей, які стали відомі особі під час виконання нею обов'язків з реалізації функцій держави або місцевого самоврядування. Як вже зазначалося, суб'єктом відповідальності за ст. 172-8 КпАП України є спеціальний суб'єкт («діючий функціонер»), одночасно чимало статей КК України також передбачають засади відповідальності за аналогічні до підстав, закріплених у ст. 172-8 КпАП України, діяння. Це цілком логічно на практиці зумовлює порушення питання про те, що «підстав для застосування ст. 172-8 КпАП

України практично не залишається»¹⁶⁵, оскільки така можливість може бути лише у випадку, якщо правопорушення не тягнуть за собою кримінальну відповідальність. Задля усунення такого стану справ нагальною є уніфікація практики правозастосування у зазначеній сфері відносин, досягти чого можливо за умови деталізації правових засад самого «обмеження після припинення діяльності» (насамперед внесення змін та доповнень до ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції»). Запропонувати конкретні рекомендації можна в т. ч. й за рахунок аналізу зарубіжного апробованого часом і практикою зарубіжного досвіду нормативного врегулювання таких відносин та практики застосування законодавства.

Довід закріплення обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із виконанням функцій публічної служби, у законодавстві зарубіжних країн та основні пріоритети його запозичення для України

Варто зазначити, що у зарубіжних країн активно використовується ресурс «обмеження і контролювання роботи у недержавному або неурядовому секторі після звільнення із публічної служби»¹⁶⁶. Щоправда, ступінь деталізації засад його є різною. Спільним є те, що таке обмеження поширюється на тих осіб, які «припинили відносини публічної служби», й у подальшому зорієнтовані на «приватний сектор» («недержавні», «неурядові» відносини), що й зумовлює можливість виникнення підстав для конфлікту інтересів («приватного інтересу особи» і «інтересів публічних»). Головний принцип впровадження такого обмеження полягає у тому, щоб «...обмежити і контролювати роботу посадових осіб у підприємницькій діяльності або в неурядових організаціях після

¹⁶⁵ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваіте, 2018. С. 223.

¹⁶⁶ Віллорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 19.

залишення ними публічних посад, оскільки від них очікується, що під час пошуку працевлаштування або призначення після звільнення з публічної служби вони утримуватимуться від недоречного використання переваг публічної служби або посад, які вони раніше обіймали»¹⁶⁷. Законодавець різних країн підходить по-різному до врегулювання цього питання як у частині розмежування державних службовців та осіб, що обіймали політичні посади, як суб'єктів такого обмеження, так і у частині визначення строків дії обмеження та джерело фіксації такого обмеження й наслідків його недотримання.

Так, наприклад, у Португалії та Іспанії таке обмеження передбачено тільки для осіб, які обіймали політичні посади, й відповідно діє протягом трьох та двох років. У Польщі таке обмеження поширюється як на колишніх державних службовців, так і осіб, які займали політичні посади, й діє протягом одного року з моменту припинення відповідних відносин. У Франції правила подальшого працевлаштування осіб, які раніше перебували на публічній службі, детально регламентовані із виокремленням «прийнятної посади», «неприйнятної посади», «прийнятної посади за певних умов», дозвіл на зайняття яких «колишнім функціонерам» надає спеціальна комісія з професійної етики. Така процедура «дозволу на працевлаштування діє протягом п'яти років з моменту припинення публічно-службових відносин. Порушення такого обмеження вважається «незаконним забезпеченням власного інтересу» й передбачає кримінальну відповідальність¹⁶⁸. Також злочином вважається згода «колишнього функціонера» обіймати посади у компанії, яка «перебувала під контролем такої особи протягом останніх п'яти років»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Віллорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 44-45.

¹⁶⁸ Там само. С. 44-45.

¹⁶⁹ Там само. С. 29.

У Великій Британії державні службовці зобов'язані повідомляти про будь-які спроби третіх сторін запропонувати їм роботу, в т.ч. й неурядових організаціях, на майбутнє¹⁷⁰. У законодавстві Канади розмежовано засади «обмеження після припинення діяльності» щодо осіб, які займали політичні посади, та державних службовців за строковою ознакою, а саме: щодо перших обмеження діє протягом двох років, а стосовно інших – одного року. Дворічний термін дії обмеження передбачено і у законодавстві Кореї¹⁷¹. У законодавстві Іспанії передбачено обов'язок «екс-функціонерів» при працевлаштуванні повідомляти про всі види попередньої діяльності, в т.ч. й на «консультативній та іншій основі»¹⁷². При визначенні змісту «обмеження після припинення діяльності», як правило, перераховуються можливі сфери працевлаштування із акцентом на попередні контрольні, наглядові або фінансові відносини особи із цими сферами. Так, наприклад, у Франції обмеження поширюються на «...ті установи, організації, компанії, корпорації, які субсидуються урядом, або ж з якими укладалися угоди, а також в установах з продажу нерухомості або в ощадних установах»¹⁷³. У законодавстві Канади використовується узагальнене словосполучення, а саме: «...з якими особа мала значущі офіційні відносини»¹⁷⁴. Як, до речі, і у законодавстві Кореї «...з якими особа була пов'язана

¹⁷⁰ Віллорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 20.

¹⁷¹ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суслівної, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017. С. 33-39.

¹⁷² Віллорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. С. 41.

¹⁷³ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суслівної, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017. С. 35.

¹⁷⁴ Там само. С. 33.

під час виконання функцій, обіймаючи посаду»¹⁷⁵. У законодавстві США також закріплено «обмеження після припинення служби», щоправда, розмежування засад дотримання його здійснено з акцентом на: а) особу та її спеціальний статус («перші посадові особи», «публічні службовці»), що й передбачає строки та зміст обмеження – «три роки для перших і два роки для інших, щодо будь-яких відносин у приватному секторі та щодо відносин з компаніями, щодо яких виконувалися функціональні обов'язки; б) «ступінь зв'язку» у процесі діяльності із особою – якщо особа «особисто і істотно» брала участь як посадова особа «у вирішенні конкретних питань – вона не може представляти інтереси взагалі у відносинах з органами виконавчої влади при вирішенні таких питань»¹⁷⁶. Якщо ж особа «особисто і істотно» не брала участі у вирішенні таких питань, особа «втрачає право займатися такою практикою на період двох років після звільнення»¹⁷⁷. Отже, мова йде про виокремлення засад обмеження щодо осіб, які займали політичні посади, та державних службовців, які поширюються на «приватний сектор» й відрізняються часовими межами. Окрім того, «обмеження після припинення діяльності» у зарубіжних країнах поширюються і на відносини представництва, засади якого розмежовуються залежно від характеру попередньої службової діяльності особи. Аналіз законодавства зарубіжних країн дозволяє стверджувати, що цілком логічним є запозичення для України положення щодо розмежування засад «обмеження після припинення діяльності» щодо осіб, які займали політичні посади, та державних службовців з урахуванням специфіки їх

¹⁷⁵ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суслової, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017. С. 37.

¹⁷⁶ Довжанин В.М. Правове регулювання запобігання та протидії корупції за законодавством США. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2015. № 13. Т. 1. С. 104.

¹⁷⁷ Там само. С. 104.

спеціального статусу та їх діяльності, їх ресурсу, а отже і обмеження мають відрізнятися щодо них. Відмінність має полягати і у часових межах дії такого виду обмежень щодо зазначених осіб – щодо осіб, які обіймали політичні посади, цей проміжок часу цілком може дорівнювати двом рокам, стосовно ж державних службовців – вік може залишатися без змін, тобто дорівнювати одному року. Це дозволить наблизити вітчизняні антикорупційні правові приписи у частині узгодженості змісту обмеження після припинення діяльності, пов'язаної із функціями держави або місцевого самоврядування, із «реальним ресурсом публічної служби», який «екс-функціонери» можуть використовувати, із європейськими та світовими стандартами протидії корупції, які вже апробовані часом і практикою й позитивно себе зарекомендували. Недоречним є використання оціночних понять при формулюванні змісту обмеження (наприклад, «особисто і істотно», «прийнятна» тощо). Достатньо зазначити, при формулюванні правового припису, що при виконанні своїх обов'язків при здійсненні функцій держави або місцевого самоврядування особа виконувала функції організації, контролю, нагляду, координації щодо відповідної установи, організації, підприємства, компанії («юридичної особи приватного права чи фізичної особи-підприємця»). Бажано передбачити у єдиній статті КпАП України засади відповідальності особи, яка припинила виконання функцій держави або місцевого самоврядування за порушення відповідного обмеження, відмежувавши від аналогічних засад відповідальності державного службовця або ж прирівняної особи, як спеціального суб'єкта, а також від засад кримінальної відповідальності (перш за все, за формою вини і наслідками недотримання). Відповідно внести зміни до ч. 1 ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції», розмежувавши обмеження щодо осіб, які обіймали політичні посади, й щодо інших осіб, які здійснювали діяльність, пов'язану із виконанням функцій держави або місцевого

самоврядування, передбачивши щодо перших дію обмеження протягом двох років, а інших – одного року з моменту припинення діяльності з виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Передбачити обов'язок відповідних осіб повідомляти під час працевлаштування «у приватному секторі» протягом дії обмеження про всі види діяльності та посади, які вони займали безпосередньо на момент припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Це дозволить з'ясувати підстави для виникнення конфлікту інтересів під час працевлаштування особи у «приватному секторі» й своєчасно врегулювати це питання. Доповнити ч. 2 ст. 26 цього ж Закону п. 4 положеннями про те, що за порушення встановленого обмеження передбачено й адміністративну відповідальність (наприклад, ст. 172-8-1 КпАП України), у частині неповідомлення особою при укладанні трудових договорів, цивільно-правових правочинів, інших відносин у «приватному секторі», а також при виникненні відносин представництва, де іншою стороною може бути орган, установа, організація, підприємство, в якому особа працювала на момент припинення діяльності, пов'язаної із здійсненням функцій держави або місцевого самоврядування.

2.4. Обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності¹⁷⁸

Основний зміст та специфіка нормативного закріплення засад обмеження.

Серед всього розмаїття спеціальних обмежень (назва зумовлена специфікою суб'єкта, на якого зорієнтовані, й

¹⁷⁸ опубліковано: Коломоєць Т.О., Кушнір С.М. Обмеження публічних службовців щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності: зміст та пропозиції щодо удосконалення нормативних засад. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2018. № 4.

специфікою діяльності, з якою вони безпосередньо пов'язані), засади яких закріплені у Законі України «Про запобігання корупції», своє чільне місце посідає обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності (ст. 25 Закону). Цілком виправданим є нормативне закріплення цього виду обмежень поряд з іншими, враховуючи основну цільову спрямованість публічно-службової діяльності особи як спеціального суб'єкта, стосовно якого це обмеження й існує взагалі. Якщо особа наділяється певними публічно-владними повноваженнями задля забезпечення реалізації і захисту публічного інтересу важливо, щоб ця особа була максимально «особистісно зорієнтована» на досягнення цієї мети й будь-яке «відволікання» її на іншу діяльність має унормовуватися з огляду на те, щоб особа не використовувала свій спеціальний статус не для (а тим більше всупереч) публічного інтересу. «Фільтрація впливу зовнішньої діяльності» («іншої оплачуваної діяльності») публічного службовця покликана унеможливити «завдання шкоди публічному інтересу» з боку цієї особи. Закріплення відповідного спеціального обмеження у вітчизняному антикорупційному законодавстві цілком узгоджується із міжнародними стандартами правової регламентації відносин конфлікту інтересів на публічній службі, зокрема ч. 4 ст. 7 Конвенції ООН проти корупції, Рекомендації № R (2000) 10 Комітету Міністрів ради Європи державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців від 11 травня 2000 року, які унеможлиблюють зайняття публічним службовцем будь-яких посад, будь-якою діяльністю, участь у будь-яких відносинах, які є «несумісними» чи «перешкоджають» виконанню цією особою обов'язків як спеціального суб'єкта, або ж передбачають повідомлення

(отримання дозволу) у встановленому порядку на «зовнішню діяльність» («іншу оплачувану діяльність», «поза основною діяльністю»). Окрім того, аналіз зарубіжного законодавства також свідчить про те, що цей різновид спеціального обмеження є доволі поширеним й «модель» його унормування є «жорсткою». Так, наприклад, у США закріплено заборону публічним службовцям одночасно займати «цивільні посади за дорученням», займатися будь-якою оплачуваною професійною діяльністю, що «передбачає фідучіарні відносини»¹⁷⁹, оскільки така поведінка службовця вважається «неналежною», «конфліктною» для інтересів публічної служби¹⁸⁰. Окрім того, винагорода, яку публічний службовець отримує «поза основною діяльністю», не може перевищувати п'ятнадцяти відсотків від офіційної заробітної плати за основним місцем служби, й йому забороняється одержувати «гонорар» за промови, за появу у публічному місці, за авторство статті¹⁸¹, що правда, виняток із цього правила передбачається для членів Сенату¹⁸². Заборона одночасно займати інші «оплачувані посади» передбачена для публічних службовців у законодавстві Канади, Індії, Австралії, південної Африки, займатися бізнесом або ж «мати певні відносини у приватному секторі» – у законодавстві Канади, Японії, Великої Британії тощо, займати одночасно посади в органах різних гілок влади – у законодавстві Іспанії, Швеції, Великої Британії,

¹⁷⁹ Парламентська етика в Україні: Реалії, потреби, перспективи. За матеріалами дослідження Центру досліджень армії, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій «Соціополіс». Женева-Київ, 2017, С. 41.

¹⁸⁰ Довжанин В.М., правове регулювання запобігання та протидії корупції за законодавством США. Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2015. № 13. Т. 1., С. 104.

¹⁸¹ Парламентська етика в Україні: Реалії, потреби, перспективи. За матеріалами дослідження Центру досліджень армії, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій «Соціополіс». Женева-Київ, 2017, С. 41.

¹⁸² Довжанин В.М., правове регулювання запобігання та протидії корупції за законодавством США. Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2015. № 13. Т. 1., С. 104.

Японії, Кореї, Польщі, Мексики, Угорщини, Італії, Ірландії та ін.¹⁸³ При цьому умовно можна виокремити кілька підходів у нормативному закріпленні цього положення, а саме: а) перерахування тих посад або ж видів діяльності, які або ж якими забороняється займатися (або ж посідати) публічному службовцеві (наприклад, досвід Аргентини, Франції, Угорщини, Італії тощо), вони вважаються «несумісними з перебуванням на певній посаді»¹⁸⁴; б) узагальнені формулювання щодо посад, однак із абсолютним унеможливленням одночасного перебування на «зовнішній посаді», зайняття «зовнішньою діяльністю» (наприклад, досвід Німеччини, Іспанії). При цьому, незважаючи на те, що такі положення закріплені у законодавстві багатьох країн, саме у Франції, Польщі, Німеччині та Іспанії вони є «жорсткішими, ніж в інших»¹⁸⁵. У законодавстві Іспанії передбачено, що «... особи мають виконувати свої функції з повною відданістю справі і не повинні суміщати їх, самостійно чи разом з іншими, з будь-якою іншою державною або недержавною посадою, на якій вони можуть отримувати винагороду»¹⁸⁶, «... вони мають утримуватися від обіймання ... інших посад в організаціях, здатних обмежити їхню присутність на робочому місці та відданість виконанню основних посадових обов'язків»¹⁸⁷. Обмеження поширюються як щодо приватного сектору, різних різновидів публічної служби, так і політичної діяльності. Так, наприклад, у законодавстві Великої Британії передбачено «диференціювання під час виконання посадових

¹⁸³ Парламентська етика в Україні: Реалії, потреби, перспективи. За матеріалами дослідження Центру досліджень армії, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій «Соціополіс». Женева-Київ, 2017, С. 34-41.

¹⁸⁴ Там само. С. 33.

¹⁸⁵ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів тв. Вимоги до законодавства/ Мануель Віллорія, Стеффан Синнеєстрьом, Янош Берто; [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010, С. 14.

¹⁸⁶ Там само. С. 38.

¹⁸⁷ Там само. С. 36.

обов'язків інституційної політичної та партійної політичної діяльності із впровадженням обмежень щодо суміщення та сумісництва посад»¹⁸⁸. Головне гасло нормотворчості більшості зарубіжних країн щодо врегулювання питання «зовнішньої діяльності» публічних службовців – «... службовці не повинні обіймати подвійні посади, брати участь у комерційному партнерстві або обіймати посади директорів в приватних компаніях»¹⁸⁹. До того ж інколи навіть із вказівкою на те, що така діяльність не обов'язково має бути оплачуваною (наприклад, законодавство Чехії). Отже, обмеження, а точніше все ж таки зазначити, що заборони щодо сумісництва та суміщення передбачені у законодавстві багатьох зарубіжних країн із обранням «жорсткої» моделі нормативного закріплення, різним ступенем деталізації «зовнішніх» посад або ж видів діяльності, що у свою чергу впливає й на ефективність правозастосування. Незважаючи на певну відмінність «моделей» нормативного закріплення відповідних положень («британська», «французька», «німецька», «іспанська» залежно від ступеня деталізації та «жорсткості» впливу на особу¹⁹⁰), основний зміст останнього є типовим – загальна заборона (хоча і вважається, що це «обмеження для публічних службовців») на «зовнішню діяльність», пов'язану із подвійними одночасними посадами у різних видах публічної служби, у приватному секторі та інколи й у політичній діяльності. Простежується стійка тенденція нормотворчості щодо відповідної сфери відносин – виокремлення суб'єкта, щодо якого впроваджується унормування поведінки, деталізація (або шляхом перерахування «зовнішніх» посад, видів діяльності, або ж додаткового закріплення інших

¹⁸⁸ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів тв. Вимоги до законодавства/ Мануель Віллорія, Стеффан Синнеєстрьом, Янош Берто; [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010, С. 45.

¹⁸⁹ Там само. С. 43.

¹⁹⁰ Там само. С. 43.

«фільтрів» – максимального розміру «зовнішнього гонорару») змісту обмеження або ж заборони й вказівка на санкцію за порушення відповідного положення. За рахунок визначеності, прогнозованості, стабільності цих положень їх реалізація у всіх її формах є ефективною. Отже, закріплюючи спеціальне обмеження щодо сумісництва та суміщення публічними службовцями основної діяльності з іншими видами діяльності вітчизняний законодавець цілком виправдано мав урахувати як міжнародні стандарти правового врегулювання цього виду відносин усунення конфлікту інтересів у публічній службі, так і апробований часом і практикою позитивний досвід нормотворення та правозастосування зарубіжних країн, що вважається одним із пріоритетних напрямків сучасної вітчизняної нормотворчості в умовах євроінтеграції та глобалізації.

Для з'ясування питання узгодженості вітчизняного аналога зазначеним міжнародним правовим стандартам та зразкам зарубіжної нормотворчості й виділення його можливих «проблемних» плям, варто зупинитися на аналізі відповідних положень національного законодавства.

Як вже зазначалося, хоча законодавець й використовує у назві ст. 25 Закону слово «обмеження», по тексту мова фактично де про заборону. До речі, такий же стан справ є характерним й для нормативної регламентації засад інших обмежень у вітчизняному законодавстві й для зарубіжної нормотворчості із цього питання. Так, наприклад, у законодавстві Казахстану передбачена саме «заборона займатися іншою оплачуваною діяльністю», Молдови – «неможливість здійснювати іншу оплачувану діяльність...»¹⁹¹. «Заборону» щодо сумісництва можна також знайти для публічних службовців у законодавстві Канади, США, Польщі, Іспанії,

¹⁹¹ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції»/ Наук. ред. М.І. Харонюк. К.: Ваіте, 2018, С. 193.

Франції та ін. Слід чітко усвідомлювати, що «заборона» і «обмеження» є близькими за змістом поняттями, однак у жодному разі вони не є тотожними, а отже помилковим є їх довільне використання. Якщо заборона передбачає повне унеможливлення будь-яких дій, в той час обмеження передбачає певні межі для діяльності, яка є дозволеною, в якій є забороненою. Особа, дотримуючись встановлених меж, здійснює дозволена діяльність. Поза встановленими межами її діяльність є забороненою, «поза межами»¹⁹². Отже, з огляду на зміст ст. 25 Закону слід зазначити, що використання «обмеження» у назві є некоректним, оскільки не узгоджується із змістом статті. У цьому контексті доцільним вбачається або ж внесення змін до назви ст. 25 Закону шляхом заміни слова «обмеження» на «заборона або ж зміна змісту відповідної статті шляхом визначення меж діяльності, яка може вважатися такою, що здійснюється за сумісництвом або суміщенням, із тим, щоб вона не слугувала передумовою для виникнення конфлікту інтересів у публічній службі.

Аналіз змісту ст. 25 Закону дозволяє умовно виокремити три види забороненої для відповідних осіб діяльності, а саме: а) підприємницька діяльність; б) інша оплачувана діяльність; в) входження до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку. В цілому запропонований вітчизняним законодавцем перелік «заборонених видів діяльності» узгоджується із міжнародно-правовими стандартами та зарубіжними аналогами «оплачуваної діяльності, діяльності», «діяльності у приватному секторі», «діяльності на оплачуваних посадах», «діяльності, пов'язаної із фінансовою зацікавленістю», «діяльністю, пов'язаною

¹⁹² Коломоєць Т.О. Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за законодавством України: науково-практичний нарис. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2018, С. 10, 31-32.

із веденням бізнесу», тощо. В той же час саме із цими положеннями ст. 25 Закону на практиці виникають проблеми під час їх тлумачення. Якщо визначення «підприємницька діяльність», із притаманними їй ознаками, можна знайти у вітчизняному законодавстві, в той же час визначення «інша оплачувана діяльність» відсутнє, що й зумовлює передумови для прояву суб'єктивного розсуду у процесі тлумачення нормативних положень та їх застосування. Аналіз ч.1 ст. 25 Закону свідчить про те, що законодавець розмежовує підприємницьку та іншу оплачувану діяльність, хоча й вважає їх однаковими для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, використовуючи сполучник «або» при їх перерахуванні. Використовуючи словосполучення «інші оплачувана діяльність», законодавець акцентує увагу на тому, що це: а) «діяльність», тобто певна послідовність дій, при цьому активних дій (про це свідчить використання саме терміну «діяльність», а не «діяння»); б) оплачувана діяльність; в) діяльність, яка не має ознак підприємницької діяльності; г) вона є «іншою» по відношенню до тієї, яку особа, уповноважена виконувати задля реалізації функцій держави або місцевого самоврядування (її «основної» діяльності, за виконання якої особа отримує заробітну плату за рахунок бюджету), така діяльність є «зовнішньою» про відношенню до «основної» діяльності особи. Одночасно законодавець передбачив винятки із «іншої оплачуваної діяльності», зазначивши, що такою може не вважатися: «викладацька, наукова, творча діяльність, медична практика, інструкторська та суддівська практика зі спорту» (п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону). На перший погляд, все цілком зрозуміло й узгоджується із положеннями зарубіжного законодавства (наприклад, «... за винятком наукової, викладацької, творчої діяльності» у законодавстві Молдови, «... крім педагогічної, наукової або іншої оплачуваної діяльності» у

законодавстві Казахстану¹⁹³. Більше того, цілком виправданим є використання практичного досвіду публічного службовця у навчальному процесі різних закладів освіти, для інтеграції досягнень науки та практики у його науково-дослідній діяльності тощо. Однак, якщо така діяльність набуває ознак «ініціативності», «систематичності», «самостійності», «на власний ризик» та «з метою одержання прибутку» (ознаки підприємницької діяльності), вона не є «винятком з «іншої оплачуваної діяльності», а є забороненою підприємницькою діяльністю»¹⁹⁴. Бажано було б зробити відповідне уточнення у п. 1 ч. 1 ст. 25 закону, усунувши тим самим різновариативність тлумачення цього нормативно закріпленого словосполучення. Не варто ототожнювати ситуації, «коли особа, хоча і систематично залучається як фахівець у певній галузі для виконання того чи іншого виду роботи з отриманням винагороди, яка є оплатою її праці, а не прибутком»¹⁹⁵ із її підприємницькою діяльністю із усім переліком обов'язкових ознак такої діяльності.

Аналіз п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону також свідчить і про те, що перераховані види «іншої оплачуваної діяльності», які вважаються винятком із загального правила й можуть бути дозволеними, не тільки у разі відсутності у них ознак підприємницької, а й у разі «... якщо інше непередбачено Конституцією або законами України». Тобто, законодавець фактично закріпив «пріоритет Конституції та спеціальних законів» по відношенню до Закону України «Про запобігання корупції» у врегулюванні цього питання. Визначаючи особу, на яку поширюється відповідне обмеження, важливо проаналізувати той законодавчий акт, який безпосередньо визначає

¹⁹³ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції»/ Наук. ред. М.І. Харонюк. К.: Ваіте, 2018, С. 193.

¹⁹⁴ Там само. С. 196.

¹⁹⁵ Там само. С. 196.

її статус, у частині обмежень та заборон, які безпосередньо зумовлені специфікою відповідного статусу особи, сферою, змістом її діяльності. Так, зокрема, народним депутатам України заборонено займатися суддівською практикою й інструкторською практикою зі спорту (ст. 3 Закону України «Про статус народного депутата України»), як і поліцейським (ст. 66 Закону України «Про Національну поліцію»), і Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини (ч. 1 ст. 8 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»), суддям – адвокатською діяльністю (ч. 2 ст. 54 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), як, до речі, й суддям Конституційного Суду України (ч. 3 ст. 11 Закону України «Про Конституційний Суд України»). При цьому важливо, що для деяких осіб у випадку прямої вказівки у Конституції України та законодавчого акту зайняття такими видами дозволеної «іншої оплачуваної діяльності» можливе лише у «позаробочий час», «у вільний від виконання обов'язків ... час». Це поширюється на народних депутатів України (ст. 3 Закону України «Про статус народного депутата України»), членів Кабінету Міністрів України (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»), депутатів місцевих рад, які працюють у відповідних радах на постійній основі (ст. 6 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад»). У цьому аспекті не зовсім зрозумілою є позиція законодавця щодо виокремлення (у вигляді окремої частини) у ст. 25 положень щодо осіб, щодо яких обмеження не поширюються, й залишення поза увагою досить важливого питання «пріоритетності» нормативних положень різних нормативно-правових актів щодо осіб, на яких такі обмеження поширюються. Цілком логічним вбачається закріплення офіційного визначення «інша оплачувана діяльність», із зазначенням її ознак, у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», поряд з іншими «основними поняттями», а у ст. 25 цього ж Закону

деталізація положень щодо осіб, по відношенню до яких й впроваджені відповідні обмеження.

Досить складним для сприйняття виглядає положення, закріплене у п. 2 ч. 1 ст. 25 Закону, стосовно заборони «входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади у раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України» (п. 2 ч. 1 ст. 25 Закону). В цілому зазначене положення узгоджується із зарубіжними аналогами («обіймати певні посади у бізнесі», «бути співробітниками корпорацій, кооперативів», «отримувати оплату в якості членів ради директорів, посадових осіб корпорацій або організацій» тощо), з міжнародними правовими аналогами («... займати посади чи здійснювати функції..., які є несумісними ... з обов'язками службовців» стосовно заборони «входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України» (п. 2 ч. 1 ст. 25 Закону). В цілому зазначене положення узгоджується із зарубіжними аналогами («обіймати певні посади у бізнесі», «бути співробітниками корпорацій, кооперативів», «отримувати оплату в якості членів ради директорів, посадових осіб корпорацій або

організацій» тощо), з міжнародними правовими аналогами («... займати посади чи здійснювати функції..., які є несумісними з ... обов'язками службовців»¹⁹⁶) й передбачає унеможливлення «інтеграції бізнесу й публічної служби» і це зрозуміло, оскільки законодавець чітко зазначає, що цей вид діяльності пов'язаний «з одержанням прибутку». При цьому на особливу увагу заслуговує й сформульований виняток із цього положення, а саме використання сполучника «та», що передбачає одночасне здійснення особою функцій з управління акціями, що належать державі або територіальній громаді, та представництво інтересів останніх у раді, ревізійній комісії тощо. Тобто, одночасна участь однієї особи і у виконавчому і у контрольному органах. Вказівка на «одержання прибутку» підприємництва та організаціями дозволяє одночасно відмежувати їх від неприбуткових аналогів, на відносини із якими обмеження щодо сумісництва та суміщення осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування не поширюються. І у цьому сенсі цілком можна погодитися із авторами Науково-практичного коментаря до Закону України «Про запобігання корупції» за науковою редакцією М. Хавронюка, із посиланням на Постанову Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 року № 13 «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією», не є порушенням відповідного обмеження щодо сумісництва «входження до складу редакційних колегій періодичних видань (газети, журналу), різного роду журі, консиліумів, навіть за умови одержання винагороди за виконану роботу, якщо ці органи створено з метою розвитку науки, культури, мистецтва, вдосконалення медичної практики (п. 12 Постанови)¹⁹⁷. В той

¹⁹⁶ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції»/ Наук. ред. М.І. Харонюк. К.: Ваіте, 2018, С. 193.

¹⁹⁷ Там само. С. 210.

же час, підтримуючи законодавця щодо його позиції по відношенню щодо сумісництва у неприбуткових організаціях, в той же час доцільним вбачається запозичення позитивного досвіду впровадження обмеження щодо сумісництва основної діяльності відповідних осіб з діяльністю у політичних партіях у Великій Британії. Таке сумісництво може «створити сумніви щодо неупередженості» основної діяльності публічного службовця, що й повинно слугувати підставою для «диференціації між інституційною політичною діяльністю та партійною політичною діяльністю»¹⁹⁸. Цілком логічним є нормативне закріплення у п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону щодо осіб, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, на період виконання цих функцій обмеження щодо сумісництва з інституційною політичною діяльністю (щоправда, окрім депутатів всіх рівнів). Це сприятиме не тільки «фільтрації» діяльності публічного службовця від будь-якого впливу (відволікання) іншої діяльності, а й реалізації принципу політичної неупередженості публічної служби (окрім виконання повноважень депутатами всіх рівнів).

Відповідальність за порушення обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності

За порушення особами обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності передбачається відповідальність згідно із ст. 172-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення (***Порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності***), зокрема:

– за порушення особою встановлених законом обмежень щодо зайняття іншою оплачуваною діяльністю (крім

¹⁹⁸ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів тв. Вимоги до законодавства/ Мануель Віллорія, Стеффан Синнеестрьом, Янош Берто; [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010, С. 45.

викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної та суддівської практики, інструкторської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю й в якості стягнення може тягнути за собою накладення **штрафу** від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з **конфіскацією** отриманого доходу від підприємницької діяльності чи винагороди від роботи за сумісництвом (ч. 1 ст. 172-4);

– за порушення ж особою встановлених законом обмежень щодо входження до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особа здійснює функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляє інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), може тягнути накладення **штрафу** від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з **конфіскацією** отриманого доходу від такої діяльності (ч. 1 ст. 172-4).

У разі ж вчинення вищезазначених дій особою, яку протягом року було вже піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення, вони тягнуть за собою накладення **штрафу** від п'ятисот до восьмисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з **конфіскацією** отриманого доходу чи винагороди та з **позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю** строком на один рік.

2.5. Обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища

Зазначене обмеження відрізняється від решти «антикорупційних» обмежень не тільки специфікою фіксації осіб, й свого змісту та наслідків його порушення. Так, зокрема, забороняється відповідним особам (фіксація обмеження за рахунок впровадження заборони є характерним для всіх обмежень, закріплених у розділі IV «Запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням») використовувати свої службові повноваження, своє службове становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Отже, законодавець зосередив увагу на: а) **використанні** такою особою свого службового становища, службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей. Якщо щодо перших двох запитань немає й їх визначення унормовані, втім щодо «**можливостей**» є чимало запитань, оскільки відсутнє їх нормативне визначення й дискусійним є їх змістовне наповнення. Єдине, що залишається незмінним, – зв'язок цих можливостей із спеціальним статусом особи; б) **цільовий характер** такого використання, а саме: «з метою одержання неправомірної вигоди», що свідчить про протиправний характер використання й його зокрема **кримінально-правову природу**; в) вказівку на те, задля кого таке використання здійснюється, – «**для себе чи інших осіб**».

Законодавець обрав максимально спрощений варіант фіксації відповідного обмеження, на відміну від, скажімо раніше діючих базових антикорупційних законодавчих актів, які фіксували більш-менш розширені переліки приблизних форм зовнішнього прояву такого використання, а отже і порушення обмежень щодо такого використання, зробивши лише

одне уточнення: «у тому числі використовувати будь-яке державне чи комунальне майно або кошти в приватних інтересах» (ст. 22 відповідного Закону), що й зумовлює потребу аналізу багатьох статей Кримінального кодексу України (зокрема ст. ст. 354, 364, 365-2, 368, 368-2, 368-4, 369, 369-2, 369-3, а також ч.2 ст.149, ч. ч. 3, 4 ст.157, ч. 4 ст. 158, ч. 3 ст.176, ч. 2 ст. 201, ч. 3 ст. 206, ч. 3 ст. 229, ч. 2 ст. 258-4, ч. 2 ст. 344, ч. 2 ст. 376, ч. 2 ст. 397 тощо) при кваліфікації діянь в аспекті з'ясування наявності (відсутності) обмежень щодо використання службових повноважень чи свого обмеження. Саме такий підхід законодавця до закріплення відповідного обмеження зумовив розмаїття підходів з боку авторів Науково-практичних коментарів до Закону України «Про запобігання корупції» до формування переліку найпоширеніших форм прояву відповідного використання¹⁹⁹, що, безперечно, дещо ускладнює правозастосування у зазначеній сфері в цілому. Аналіз антикорупційного законодавства зарубіжних країн свідчить про поширення такого способу фіксації відповідного обмеження щодо використання «своєї посади», «свого службового становища», «наданих повноважень» відповідними спеціальними суб'єктами «в будь-яких комерційних, промислових або професійних цілях»²⁰⁰, щоправда, в наявності й деталізовані переліки можливих форм прояву такого використання (наприклад, законодавство Чеської Республіки, Іспанії, Кореї, тощо), абсолютно визначені дефініції та більш суворі заходи реагування з боку держави.

¹⁹⁹ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М. І. Хавронюк. К.: Ваіге, 2018, С.167-168, 170-171, Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання/ за заг. ред. Т.О. Коломоець, В. К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2019, С. 229-230.

²⁰⁰ Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суислової, Ф. Флурі, В. Бадрак. Женева-Київ, 2017, С. 39.

2.6. Обмеження спільної роботи близьких осіб

Відповідне обмеження передбачає заборону «мати у прямому підпорядкуванні близьких осіб або бути прямо підпорядкованими у зв'язку з виконанням повноважень близьким їм особам» (абз. 1 ч. 1 ст. 27 Закону України «Про запобігання корупції»). Тим самим, зазначене обмеження передбачає **«дві сторони прояву**: а) заборону мати у своєму підпорядкуванні близьких осіб; б) заборону перебувати у підпорядкуванні близьких осіб»²⁰¹, тобто або «підпорядкування собі» або «підпорядкування своє». При цьому слово сполучник «або» свідчить про те, що можливим є будь-який варіант прояву цього обмеження. Законодавець акцентує увагу на наявності «прямого підпорядкування» та виокремлює певну групу осіб в аспекті такого підпорядкування – **«близьких осіб»**, що й вимагає у кожному конкретному випадку правозастосування максимальної концентрації уваги на з'ясуванні наявності як безпосереднього підпорядкування, так і близьких осіб. Враховуючи те, що недотримання відповідних обмежень є правопорушенням, пов'язаним з корупцією, яке передбачає можливість притягнення винної особи до відповідальності, зокрема адміністративної, згідно зі статтею 172-7 КпАП України, важливим є тлумачення вищезазначених «базових» словосполучень, задля усунення суб'єктивного прояву, довільного підходу до вирішення питань відповідальності особи. Позитивними слід вважати намагання законодавця уніфікувати підходи до розуміння цих понять шляхом нормативного закріплення їх у базовому законодавчому акті антикорупційного спрямування (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»), втім їх детальне вивчення, на жаль, свідчить

²⁰¹ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / В.С. Ковальський, О.І. Миколенко, Є.Л. Стрельцов, О.І. Клименко. Київ: Юрінком Інтер, 2018, С. 115.

про наявність певних прогалин. безпосередньо пов'язаних із розумінням та закріпленням їх змісту, що, у свою чергу, впливає і на правозастосування у частині дотримання положень законодавства щодо відповідного обмеження. Так, зокрема, закріплюючи визначення «близьких осіб» (у зарубіжному законодавстві також закріплені т.з. «**персональні**», «**сімейні**» обмеження для публічних службовців, безпосередньо пов'язані із заборонаю спільної роботи «членів сім'ї», «близьких осіб», «осіб, із якими є близькі особисті відносини» тощо)²⁰², законодавець фактично використав **два способи**: а) шляхом **перерахування** тих осіб, які вважаються близькими особами (на практиці достатньо з'ясувати, чи згадується така особа у нормативно закріпленому переліку); б) шляхом **вказівки** на наявність обов'язкових ознак для визнання особи «близькою особою». У літературі можна зустріти й згадування про т.з. «дві альтернативно передбачені групи таких осіб: **а) близькі особи за будь-яких обставин (шляхом їх перерахування); б) близькі особи, які визнаються такими лише за наявності певних умов (ознак)**»²⁰³, тобто «безумовно близькі особи» та «умовно близькі особи».

Стосовно **першої групи** осіб, які визнаються близькими, на перший погляд начебто все зрозуміло – законодавець перераховує тих, кого він вважає такими особами («чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, зять, невістка, тесть, теща, свекор, свекруха, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи

²⁰² Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / М. Вілорія, С. Синнестром, Я. Берток; [пер. с англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010, С. 13; Суслowa, І., Флурі, Ф., Бадрак, В. Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи. Женева. Київ: Центр дослідження армії, конверсії роззброєння, Інститут соціальних технологій, 2017, С. 39.

²⁰³ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. М.І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2018, С. 39.

піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням згаданого суб'єкта») (абз. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»). При цьому законодавець уточнює, що жодних умов для визнання осіб такими він не передбачає шляхом використання словосполучення «незалежно від зазначених умов». Втім детальний аналіз закріпленого переліку близьких осіб дозволяє стверджувати, що він є неповним, бо залишає поза фіксацією племінника, племінницю, дядька і тітку, а також, як свідчить аналіз практики правозастосування, й наречену та нареченого, які, «як правило, є дуже близькими особами, навіть тоді, коли ще не проживають спільно»²⁰⁴. Цілком логічним вбачається доповнення відповідного переліку вищезазначеними особами задля того, щоб відповідний перелік був вичерпним, тим самим усунувши можливі підстави для «пошуку варіантів використання прогалин ресурсу обмеження спільної роботи близьких осіб. Стосовно ж т. з. **другої групи** – «умовних» близьких осіб варто зазначити, що такими є особи за наявності трьох обов'язкових умов (відсутність жодної із них є підставою вважати особу такою, яка не є близькою особою, а отже і такою, щодо якої вищезазначене обмеження не діє): а) **спільне** проживання; б) пов'язаність **спільним побутом**; в) наявність **взаємних прав та обов'язків** із особою, щодо якої впроваджено обмеження. При цьому законодавець зробив два уточнення: «крім тих, взаємні права та обов'язки яких не мають характеру сімейних», «у тому числі, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі». Слід звернути увагу на те, що **перше уточнення** є винятком із загального положення (наприклад, це можуть бути охоронці, садівники, консьєржі, кухарі, няні тощо), а **друге уточнення** навпаки має уточнюючий характер («у жодному числі...»), оскільки відсутність

²⁰⁴ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіге, 2018, С. 39.

дефініції «спільне проживання» зумовлює проблематичність правозастосування й різноваріативність рішень щодо визначення кола тих осіб, які можуть бути близькими особами. Сам факт спільного проживання з особою, зазначеною в абз. 1 ч. 1 ст. 27 Закону України «Про запобігання корупції» ще не свідчить про можливість визнання її близькою особою. Важливим є доведення наявності двох інших обов'язкових ознак – спільного ведення господарства (спільного побуту) та наявності взаємних прав та обов'язків. Тим самим законодавець відмежував різні договірні відносини від відносин із близькими особами для з'ясування факту дотримання (недотримання) обмеження спільної роботи близьких осіб.

Іншим важливим базовим словосполученням є **«пряме підпорядкування»** яке є необхідним між близькими особами та особою, щодо якої відповідне обмеження впроваджено. Законодавець намагався достатньо чітко закріпити свою позицію, формулюючи його визначення у абз. 1 п. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», а саме: **«пряме підпорядкування – відносини прямої організаційної або правової залежності підлеглої особи від її керівника, в тому числі через вирішення (участь у вирішенні) питань прийняття на роботу, звільнення з роботи, застосування заохочень, дисциплінарних стягнень, надання вказівок, доручень тощо, контролю за їх виконанням»** (щоправда, зарубіжні аналоги зустрічаються із різним ступенем фіксації можливих зовнішніх проявів – від максимально можливого (аналог вітчизняного переліку) до мінімального (наприклад, у законодавстві Угорщини обмеження пов'язані із відносинами «контролю та моніторингу «за участю осіб, з якими публічний службовець пов'язаний особистими або сімейними відносинами»²⁰⁵). Отже, законодавець виділяє базові аспекти

²⁰⁵ Сулова, І., Флурі, Ф., Бадрак, В. Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи. Женева. Київ: Центр дослідження армії, конверсії роззброєння, Інститут соціальних технологій, 2017, С. 30.

такого підпорядкування, якими є: **«пряма», «організаційна або правова», «залежність»** й уточнює шляхом перерахування її можливі форми зовнішнього прояву. Хоча використання словосполучення «в тому числі», дозволяє стверджувати, що запропонований перелік не є вичерпним, а отже в наявності й інші прояви. Окрім того, відповідні відносини залежності мають бути **тривалими у часі**, що свідчить про те, що тимчасові (наприклад, тимчасове виконання обов'язків) не є підставою для розгляду їх в аспекті їх відповідності вимогам обмеження спільної роботи близьких осіб. Так само, як і відносини **«непрямої підпорядкованості»** (із акцентом на з'ясування питання «безпосереднього керівника» та «безпосереднього підлеглого»), а це й свідчить на користь використання законодавцем у визначенні «пряме підпорядкування» саме відповідного словосполучення, а не узагальнюючого поняття «підпорядкування». І у цьому контексті схвально слід оцінити запропоновану авторами Науково-практичного коментаря до Закону України «Про запобігання корупції» порівняльну таблицю «понять щодо підпорядкування»²⁰⁶, де **«підпорядкування»** передбачає як пряму, так і непряму (опосередковану) залежність й правову та (або) організаційну залежність за формою залежності від керівника. **«Непряме підпорядкування»**, у свою чергу передбачає лише непряму залежність, правову або організаційну залежність за формою залежності від керівника. **«Пряме підпорядкування»** цілком слушно передбачає саме пряму залежність як напрямок залежності від керівника, а вже формами такої залежності від керівника може бути як правова, так і організаційна залежність (як окремі форми), а вже **«безпосереднє підпорядкування»** – лише пряму залежність як напрямок та правову та організаційну залежність як форму (із акцентом на те,

²⁰⁶ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. М.І. Хавронюка. К.: Ваіге, 2018, с. 38.

що мають бути як правова, так і організаційна одночасно) й в наявності має бути й посадова наближеність – безпосереднім керівником має бути «наближений за посадою» до підлеглого прямий керівник, в той час як для підпорядкування в цілому, прямого та непрямого підпорядкування це питання значення не має²⁰⁷.

Якщо частина перша статті 27 Закону України «Про запобігання корупції» містить пряму заборону спільної роботи близьких осіб, частина друга цієї ж статті закріплює **алгоритм дій** «у разі виникнення обставин, що порушують відповідне обмеження», як особами, зазначеними у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті третьої вищезазначеного Закону, так і близькими особами, а ще й керівників цих осіб. Зокрема законодавець, визначаючи обов'язок вжити заходів щодо усунення порушень відповідного обмеження, зазначає, що особи, зазначені у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті 3 відповідного Закону, а також їх близькі особи мають вжити таких заходів самостійно у добровільному порядку. Стосовно ж їх керівника такий обов'язок не пов'язаний із його добровільним проявом волі. Таке усунення обставин, що порушують обмеження спільної роботи близьких осіб, є примусовим по відношенню до вищезазначених осіб й таким, виконання якого чітко регламентоване у часі, оскільки має бути виконаним «в місячний строк з моменту виникнення обставин» (в той же час як для добровільного усунення відводиться лише п'ятнадцять днів). Наслідками такого усунення має бути усунення прямого підпорядкування близьких осіб особам, зазначеним у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті 3 відповідного Закону за рахунок або ж усунення статусу «близьких осіб» (як «безумовних», так і «умовних»,

²⁰⁷ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2018, С. 38.

при цьому як усунення умов визначення особи близькою, так й ознак близької особи як безумовного різновиду має бути реальним), або ж переведення осіб на інші посади. що виключають пряме підпорядкування, або ж (як винятковий захід і на це законодавець звертає увагу використовувати словосполучення «у разі неможливості такого переведення») припинення службових відносин шляхом звільнення особи із займаної посади. Аналогічні заходи щодо усунення обставин, які порушують обмеження щодо спільної роботи близьких осіб, передбачені і у законодавстві зарубіжних країн²⁰⁸. При цьому за невиконання відповідних обов'язків як особи, зазначеної у підпунктах «а», «в» – «з» пункту 1 частини першої статті 3 відповідного Закону, так і керівник (суб'єкт призначення), підлягають відповідальності (п. 5 ч. 2 ст. 65, ч. 3 ст. 66 Закону України «Про державну службу» та положення інших законодавчих актів, які визначають засади різновидів публічної служби).

За порушення вимог щодо обмежень роботи близьких осіб передбачена **адміністративна відповідальність** згідно зі ст. 172-7 КпАП України, а саме: неповідомлення особою у встановлених законом випадках та порядку про наявність у неї реального конфлікту інтересів тягне за собою накладення **штрафу від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян**.

Вчинення дій чи прийняття рішень в умовах реального конфлікту інтересів тягнуть за собою накладення **штрафу від двохсот до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян**.

Також дії, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення, тягнуть

²⁰⁸ Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / М. Вілорія, С. Синнестрьом, Я. Берток; [пер. с англ. І. Чуприна]. К.: Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010, С. 30.

за собою накладення **штрафу від чотирьохсот до восьмисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю строком на один рік.**

Список рекомендованих джерел

1. Берднікова К.В. Особливості нового антикорупційного законодавства у сфері адміністративної відповідальності за порушення встановлених законодавством обмежень щодо одержання подарунків / К.В. Берднікова // *Адміністративне право і процес.* – 2015. – № 1 (11).

2. Васильєва В.М. Регулирование конфликта интересов на государственной службе: Бразильский опыт (часть 2). Вопросы государственного и муниципального управления. 2015. Вып. 3. С. 165-190;

3. Віллорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / [пер. з англ. І. Чуприна]. К.: Цент адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, 2010. 104 с.

4. Гладун О., Годуєва К. Питання запобігання корупції. *Вісник Національної академії прокуратури України.* 2017. № 1 (47). С. 32-39;

5. Гладченко Л.В. Об опыте Сингапура по противодействию коррупции. *Проблемы национальной стратегии.* 2014. № 3 (24). С. 126-138;

6. *Державне регулювання антикорупційної діяльності.* Законодавство. Коментар. Роз'яснення/ за заг. ред. О.С. Саєнка; за наук. ред. М.І. Хавронюка. – Київ: Юрінком Інтер, 2017. – 576 с.

7. Довжанин В.М. Правове регулювання запобігання та протидії корупції за законодавством США. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція.* 2015. № 13. Т. 1. С. 102-106.

8. Коломоєць Т.О., Лютіков П.С. Обмеження щодо одержання подарунків публічними службовцями: деякі дискусійні питання нормативного закріплення у законодавстві України / Т.О. Коломоєць, П.С. Лютіков // Право і суспільство. – 2017. – № 6. – С. 16-19.

9. Коломоєць Т.О., Лютіков П.С. Обмеження щодо одержання подарунків як засіб запобігання правопорушення, пов'язаним із корупцією: правовий аспект / Т.О. Коломоєць // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – № 12. – С. 12-17.

10. Коломоєць Т.О. Конфлікт інтересів як засіб запобігання корупції в Україні: правовий аспект / Т.О. Коломоєць // Актуальні проблеми дослідження питань публічного та приватного права: матеріали міжнародної науково-практичної конференції. м. Запоріжжя, жовтень 2017 р. – Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – С. 34-38.

11. Коломоєць Т.О. Конфлікт інтересів як базове поняття антикорупційного законодавства в Україні: визначення, види, заходи врегулювання / Т.О. Коломоєць // Теорія та практика сучасної юриспруденції: XIII Всеукраїнська наукова конференція (м. Харків, 25 жовтня 2017 року) . – Х.: ФОП Бровін О.В., 2017. – С. 236-238.

12. Коломоєць Т.О. Поняття «подарунок» у вітчизняному антикорупційному законодавстві: питання нормативного визначення та видового розмаїття / Т.О. Коломоєць // Інтеграція юридичної науки і практики як основа сталого розвитку вітчизняного законодавства: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Дніпро, 24-25 листопада 2017 р. – Дніпро : Дніпропетровський гуманітарний університет, 2017. – С. 56-60.

13. Коломоєць Т.О. Нормативна модель визначення обмеження щодо одержання подарунків публічними службовцями у вітчизняному законодавстві / Т.О. Коломоєць // Правова освіта та правова наука в Україні: Матеріали Всеукраїнської

науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 11 листопада 2017 р. – Запоріжжя: ЗНУ, 2017. – С. 68-74.

14. *Коломоець Т.О.* Обмеження щодо одержання подарунків як інструмент запобігання корупції: вітчизняний та зарубіжний вимір нормативного закріплення / Т.О. Коломоець // Актуальні проблеми реалізації положень Закону України «Про запобігання корупції»: тези доповідей регіонального науково-практичного круглого столу, м. Запоріжжя, 1-2 грудня 2017 року / за заг. ред. Т.О. Коломоець. – Запоріжжя: ЗНУ, 2017. – С. 100-103.

15. *Коломоець Т.О.* Обмеження щодо одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: науковий аспект: науково-практичний нарис. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 40 с.

16. *Коломоець Т.О.* Обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як засіб запобігання виникнення конфлікту приватного та публічного інтересів: правовий аспект: науково-практичний нарис/ Т.О. Коломоець, Р.О. Кукурудз, С.М. Кушнір; за заг. ред. Т.О. Коломоець. – Запоріжжя, Видавничий дім «Гельветика», 2019. 80 с.

17. *Коломоець Т.О., Кукурудз Р.О.* Правила поведження публічних службовців із подарунками: компаративно-правовий аналіз (на прикладі досвіду України, Грузії, Сінгапуру, Бразилії). *Вісник Запорізького національного університету. Серія: Юридичні науки.* 2018. № 2. С. 71-79.

18. *Коломоець Т.О., Кукурудз Р.О.* Подарунок для публічного службовця: чи доцільна детальна правового регламентація. *Юридичний науковий електронний журнал.* – 2018. – № 2. – С. 119-122.

19. *Коломоець Т.О.* Подорожі публічних службовців: чи доцільним є впровадження антикорупційних правових нормативів? *Право і суспільство.* 2018. № 6.

20. Куракин А.В. Право государственного служащего на получение подарков / А.В. Куракин // <https://www.lawmsx.ru>

21. Надобко Т.Ю. Поняття «громадське місце» в науці адміністративного права / Т.Ю. Надобко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – 2015. – № 17. – том 1. – С. 158-164.

22. Настюк В.Я. Адміністративно-правові проблеми протидії корупції в Україні: монографія / В.Я. Настюк, В.В. Белевцева, О.В. Клок; за заг. ред. В.Я. Настюка. – Харків: Право, 2017. – 240 с.

23. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. М.І. Хавронюк. К.: Ваіте, 2018. 472 с.

24. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання/ за заг. ред. Т.О. Коломоець, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 588 с.

25. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / В.С. Ковальський, О.І. Миколенко, Є.Л. Стрельцов, О.І. Клименко. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 380 с.

26. Парламентська етика в Україні. Реалії, потреби, перспективи: за матеріалами дослідження Центру досліджень, армій, конверсії та роззброєння та Інституту соціальних технологій / за ред. І. Суислової, Ф. Флурі, В. Бадрок. Женева-Київ, 2017. 56 с.

27. Поплавська А.В. Феномен гостинності у соціокультурному просторі: від витоків до сучасності: Дис... кандидата культурології. – К., 2017. – 280 с.

28. Прима В. Гостинність як безумовний дар: до постановки проблеми // Культура і мистецтво у сучасному світі. – 2016. – Вип. 17. – С. 91-96.

29. Model Code of Conduct for Public Officials. – <http://workspace.unpan.org/sites/internet/Documents/UNPAN038306.pdf>

30. *International Code of Conduct of Public Officials* / – <http://www.un.org/documents/ga/res/S1/aS1r059.htm>

31. *Правила етичної поведінки та запобігання корупції* в органах ДФС, затверджені наказом ДФС від 01.12.2017 року № 979.

32. *Роз'яснення* щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю, затвердженого рішенням НАЗК від 11.08.2016 року № 3.

33. *Методичні рекомендації* щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням НАЗК від 29.09.2017 року № 839

34. *Порядок* передачі подарунків, одержаних як подарунки державі, АР Крим, територіальних громаді, державним або комунальним установам чи організаціям, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 16.11.2011 року № 1195.

35. *Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу»*/ наук. ред.: акад. А.О. Селіванов, акад. М.І. Іншин. – К.: Парлам. вид-во, 2017. – 410с.

36. *Наказ* МНС України від 25.01.2012 року № 67 «Про затвердження Загальних вимог стосовно забезпечення роботодавцями охорони праці працівників»

37. *Закон* України від 22.09.2015 року «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення» (в редакції від 16.12.2012 року) // ВВР. – 2005. – № 52. – Ст. 565 (з наступними змінами та доповненнями)

38. Ст. 368, 368-4, 191 Кримінального кодексу України.

39. Ст. 172-5, 172-7, 172-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

40. *Закон* України від 14.10.2014 року «Про запобігання корупції»// ВВР. – 2014. – № 49. – Ст. 2505-6 (з наступними змінами та доповненнями).

41. Про затвердження Типової антикорупційної програми юридичної особи: рішення НАЗК від 02.03.2017 року № 75.

42. Державна програма щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (антикорупційна стратегія) на 2015-2017 роки: постанова Кабінету міністрів України від 29.04.2015 року № 265.

43. Заходи щодо запобігання корупції в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади: розпорядження Кабінету Міністрів України від 05.10.2016 року № 803-р.

44. Kolomoiets T. Restrictions on the reception of Gifts by public servant as a mean of corruption prevention (in terms of the implementetion of functional purpose of administrative law). *Administrative law and administrative-procedural law: origins, achievements and prospects of development: Collective monograph. Riga. Izdevnieciba «Baltija Repablising», 2018. pp. 61-70.*

45. Kolomoiets T., Verlos N., Pyrozhkova Y. A Gift for a Public servant – a manifestation of respect, reward or means of unlawful influence. *Baltic Journal of Economic Studies. 2018. Vol. 4. № 1.*

46. Kolomoiets T., Stetsenko S., Sharaia A. Gifts for a Public Servant: Whether It is Worth to Comply with the Rules. *Baltic Journal of Economic Studies. 2018. Vol. 4. № 2. P. 10-113.*

47. Zimneva S., Chumakova A. Legal Regulation of Civil Servants in Russia and Germany Receiving Giffs. *Russian Law Journal. 2015. Volum III. Issue 3. P. 142-151*

РОЗДІЛ III

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Україна перебуває на відповідальному етапі формування незалежної правової держави з високорозвиненою економікою. При цьому корупція на сьогодні становить одну з центральних загроз національній безпеці України, що пояснюється серйозністю і багатоаспектністю шкоди, заподіюваної корупцією. Остання загрожує конституційним правам людини і громадянина, верховенству праву й утвердженню демократії, підриває довіру до органів влади, ускладнює економічний розвиток країни, порушує соціальну справедливість, руйнує правові та моральні засади життєдіяльності суспільства, створює негативний імідж України на міжнародній арені тощо.

За період незалежності України відбулося значне поширення корупційної поведінки, що підтверджується, зокрема, звітами міжнародної організації «Transparency International», за якими Україна традиційно оцінюється як держава зі значним рівнем корупції. Так, у 2013 р. Україна посіла 144 місце у світі з 25 балами, у 2014 р. – 142 місце з 26 балами, у 2015 р. – 130 місце з 27 балами, у 2016 р. – 131 місце з 29 балами, у 2017 р. – 130 місце з 30 балами. Наведені показники ставлять Україну в один ряд із країнами, які вважаються найбільш корумпованими, а це негативно впливає на міжнародний авторитет, інвестиційну привабливість країни, швидкість євроінтеграційних процесів тощо. Крім того, зниження оцінки Індексу сприйняття корупції лише на один пункт призводить до відпливу з країни капіталу, що

дорівнює 0,5 відсотка ВВП. Для України ці цифри означають втрату щороку щонайменше 20 млрд. грн.²⁰⁹.

Останнім часом наша країна дещо поліпшила свої позиції в рейтингу «Індекс сприйняття корупції». За результатами опитувань експертів та представників бізнесу, Україна набрала 32 бали зі ста можливих (це на два бали більше, ніж торік) і посіла за підсумками 2018 року 122-е місце, розділивши його з Малі, Малаві та Ліберією. Виявляється, що тих, хто набирає від 31 до 60 балів, називають країнами, які «намагаються боротися з корупцією». Прикметно, що Україна потрапила до цієї групи лише за підсумками 2018 р.²¹⁰

Протягом останнього десятиріччя проблематика протидії корупції в Україні перебуває (значною мірою під впливом євроінтеграційних процесів і політичних чинників) у сфері посиленої уваги з боку законодавця, юридичної науки, ЗМІ і суспільства загалом; причому громадський і фаховий інтерес до цієї тематики не згасає, а, швидше навпаки, – посилюється. До слова: а) окремих учасників відповідного дискурсу інакше як кон'юнктурниками назвати складно; б) хоч від результатів роботи правоохоронних органів із подолання корупції залежить успішне розв'язання багатьох важливих проблем сьогодення, неправильно однією корумпованістю пояснювати геть чи не всі негаразди суспільного та економічного життя сучасної України.

Д.Г. Михайленко, наукову кваліфікаційну роботу якого, присвячену аналізованій проблематиці, є підстави охарактеризувати як фахову, креативну і патріотичну, неодноразово нарікає на відсутність в Україні політичної волі керівництва держави, необхідної для боротьби з корупцією (особливо

²⁰⁹ Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. С. 5-6.

²¹⁰ Солонина Є. «Індекс сприйняття корупції»: Україна дещо зміцнила позиції. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/29735869.html?fbclid=IwAR3V0tuhVHqtphL16fjDous2BxNn21KNc9gPsPwjCqThASU-QL-jlOZwVY> (дата звернення: 10.02.2019).

інституціоналізованою), і пов'язує посилення ефективності антикорупційної діяльності із залученням до цього процесу інститутів громадянського суспільства, у тому числі у формі приватного кримінального переслідування²¹¹. Скептично ставлячись до ідеї перетворення громадянського суспільства в нового суб'єкта антикорупційної діяльності з наділенням його специфічним кримінально-правовим інструментарієм, переконаний у тому, що головним суб'єктом протидії корупції є і повинна залишатись держава, а цивілізоване громадянське суспільство в Україні ще треба створити. Обсяг корупційних практик, звичайно, залежить від політичної волі керівництва держави протидіяти корупційній злочинності, але він зумовлюється й багатьма іншими факторами, включаючи низький рівень правосвідомості населення²¹². В жодному разі не ідеалізуючи гілки державної влади в Україні та її носіїв, відзначу, що було б лицемірством не помічати такі прояви політичної волі щодо протидії корупції, як, зокрема, створення нових антикорупційних інституцій – НАБУ, САП, НАЗК, Вищого антикорупційного суду, запуск системи електронного декларування, законодавче запровадження різних правових режимів протидії корупції (включаючи невинувадано жорсткого спеціального), знищення найбільшого корупційного «хабу» в межах НАК «Нафтогаз України», вдосконалення адміністрування ПДВ і системи публічних закупівель. Такі кроки справедливо визнаються здійсненими саме керівництвом держави кроками, спрямованими на усунення перешкод для процвітання корупції²¹³.

²¹¹ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 15, 37, 40-42, 60-61, 69, 357, 364.

²¹² «... корупція має бути в першу чергу оцінена як деструктивний соціальний феномен і засуджена суспільством та, можливо, кожною свідомою людиною... Парадокс у тому, що всі ці спецоргани і спецсуди без ментальної й культурної підтримки людей корупцію не здолають, бо вона сидить практичному в кожному з нас» (див.: Ковальський В. Соціальний запит боротьби з корупцією. Чи готові українці боротися з цим злом? *Юридичний вісник України*. 2018. 29 черв. – 5 лип. (№ 25)).

²¹³ Уколов В. Антикорупційний фронт – результат чотирирічної боротьби. *Юридичний вісник України*. 2018. 1-7 черв. (№ 22).

Попри значущість для скорочення масштабів корупційної поведінки в суспільстві правової культури громадян, організаційно-управлінських факторів і, звичайно, «створення такого соціального порядку, за якого жити і працювати чесно є вигідним»²¹⁴, важливу роль у мінімізації корупції відіграє якість відповідних (кримінально-правових та адміністративно-правових) заборон, а також професійність і наступальна позиція уповноважених органів держави.

Вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність за службові та прирівняні до них злочини (зокрема, його антикорупційна складова) періодично оновлюється; розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), як відомо, є одним із найбільш «багатотраждальних», створюючи в цьому сенсі гідну конкуренцію розділу VII, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності. У результаті відповідні кримінально-правові норми, стаючи все більш репресивними і водночас заплутаними й складними для сприйняття навіть «вузьких» фахівців, створюють ґрунт для неоднозначного тлумачення та, як наслідок, суперечливого правозастосування. Не викликає сумнівів те, 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. На прикладі аналізованих норм КК добре помітно, що ситуація з оновленням антикорупційного законодавства поки що не

²¹⁴ Костенко О.М. Щодо протидії корупції в Україні відповідно до концепції «антикорупційних лещат» (коментар кримінолога). *Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. С. 152; Костенко О. Не карюю єдиною! Про концепцію «антикримінальних лещат». *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 14, 15.

ґрунтується на таких складових якісної законотворчості, як наукові знання, правова культура і законодавча техніка.

Чимало питань, пов'язаних із законодавчим забезпеченням кримінально-правової протидії корупції, належить в юридичній літературі до числа дискусійних. Серед них: вдалість і результативність втіленого в КК варіанту диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах; межі сприйняття міжнародно-правових стандартів боротьби з корупцією; доречність обмеження застосування низки пільгових кримінально-правових положень щодо осіб, які вчинили корупційні злочини; їхній перелік; поняття «публічні послуги» та, відповідно, віднесення до осіб, які надають публічні послуги, певних категорій спеціалістів, які займаються професійною діяльністю; відсутність нормативного визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права»; оптимальність існуючого розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства; кримінально-правові аспекти перевірок публічних службовців на добросовісність і провокації підкупу; кваліфікація посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди тощо. У зв'язку з пошуком нових орієнтирів у реформуванні системи кримінальної юстиції в Україні виникає й чимало інших важливих питань, так чи інакше пов'язаних із корупційною злочинністю і протидією їй.

За умов, коли зусилля держави не завжди дають бажаний результат у вигляді мінімізації корупційних проявів і зниження рівня корумпованості суспільства, саме напрацювання правничої науки можуть і повинні стати надійним фундаментом як для якісного і виваженого законотворення в частині визначення нормативних підстав кримінально-правового реагування на вчинення корупційних злочинів, так і для формулювання правозастосовних орієнтирів, розрахованих на практичних працівників різних

суб'єктів антикорупційної діяльності, а також суддів. Як слушно зазначається в літературі, посилення суворості кримінально-правових норм має зумовлюватись не швидкоплинними, кон'юнктурними міркуваннями, не бажанням продемонструвати особливе завзяття в боротьбі з тими чи іншими злочинами (зокрема, під тиском громадських і політичних сил, нетерпляче налаштованих до певної категорії злочинців), а справжньою життєвою необхідністю, гідними науковими напрацюваннями²¹⁵. Складно не погодитись і з думкою Н.Ф. Кузнецової про те, що кримінальне право як наука заради науки без її виходу на законодавчу і правозастосовну практику має низький коефіцієнт корисної дії²¹⁶. Викладені вище міркування й обумовили коло тих кримінально-правових проблем, які розглядатимуться у цьому розділі монографії.

3.1. Співвідношення понять «корупційний злочин» і «корупційне правопорушення»

Однією з тенденцій розвитку антикорупційного законодавства України протягом останніх років є посилення репресивності його кримінально-правової складової. Черговим проявом вказаної тенденції стало обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили корупційні злочини. Йдеться про положення КК, які присвячені звільненню від кримінальної відповідальності, звільненню від покарання та його відбування, призначенню більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, зняттю судимості та які на підставі Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне

²¹⁵ Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. С. 64.

²¹⁶ Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений». Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. Москва: Издательский Дом «Городец», 2007. С. 304.

антикорупційне бюро України» доповнено негативним застереженням «крім корупційних злочинів».

Благородна мета законодавця (скорочення масштабів корупційної поведінки через посилення кримінально-правової репресії) є зрозумілою і такою, що відповідає суспільним очікуванням. Водночас така новела ігнорує поділ кримінального права на Загальну та Особливу частини (а він вважається значним досягненням законодавчої техніки), означає «розмивання» Загальної частини КК як сукупності законодавчо визначених понять та інститутів, необхідних для всіх або переважної більшості положень Особливої частини КК, ламає усталений підхід до класифікації звільнення від кримінальної відповідальності на загальні і спеціальні види, є типовим прикладом фрагментарних, несистемних змін КК. Вказані зміни навряд чи можуть бути оцінені інакше як прояв недовіри держави в особі парламенту до суддівського корпусу, не спроможного кваліфіковано і виважено застосовувати норми Загальної частини КК лише чомусь щодо порушників антикорупційного законодавства. Особисто я подібне посилення кримінально-правової репресії вважаю доречним і справедливим, щоправда, лише стосовно так званих гранд-корупціонерів і за умови продуманого втілення цієї ідеї в законодавчу матерію.

Стверджувати, як це робить, наприклад, Д.Г. Михайленко, що запровадження спеціального кримінально-правового режиму протидії корупції «ґрунтується на кримінологічних особливостях української корупції»²¹⁷, означає ігнорувати

²¹⁷ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 81.

До слова на інших сторінках докторської дисертації Д.Г. Михайленка можна прочитати про те, що посилення репресивності КК щодо корупційних злочинів у вигляді запровадження заборон та обмежень на застосування до осіб, які вчинили такі злочини, пільгових положень Загальної частини КК за наявності мізерних зарплат чиновників виглядає як «створення ще більш жорстокого інструмента управління владними структурами». Виходить, що й сам згаданий автор не впевнений у «правильності» і «прогресивності» розглянутих законодавчих змін.

реалії вітчизняної кримінальної законотворчості. Висловлювання ж про те, що «особа, яка вчинила корупційний злочин, як правило, має значні майнові ресурси для подальшого корумпування суддів, що призводить до дисфункції механізму кримінально-правового впливу»²¹⁸, видається припущенням, яке ігнорує різноманітність проявів кримінально караної корупції і виходить ще з одного припущення (для мене, до речі, неприйняттого) – про тотальну корумпованість вітчизняного суддівського корпусу.

Неминуче постає і питання про конституційність згаданих положень КК. Тут доречно нагадати, що неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості застосовувати її положення до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, Конституційний Суд України (далі – КСУ) у рішенні від 2 листопада 2004 р. у справі про призначення судом більш м'якого покарання обґрунтував, серед іншого, невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права – справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. Вочевидь, і в розглядуваній ситуації такий варіант забезпечення верховенства Конституції України щодо змісту КК не виключається. За таких обставин можна зрозуміти позицію окремих вітчизняних дослідників, які висловлюються за виключення зі статей Загальної частини КК застереження «крім корупційних злочинів»²¹⁹.

Наразі з'ясуємо, які злочини слід визнавати корупційними. Тим більше, що їх вчинення тягне за собою негативні

²¹⁸ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 83.

²¹⁹ Радутний О.Е. Корупція – образ ворога у кримінально-правовій політиці. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». 9-10 грудня 2016 р. Івано-Франківськ, 2017. С. 250; Тимофеева Л.Ю. Гуманістична парадигма кримінального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2018. С. 4, 12.

наслідки не лише кримінально-правового, а й загально-правового характеру (неможливість бути призначеним на певну посаду, відсторонення від виконання повноважень, внесення відомостей до відповідного реєстру з наступним їх оприлюдненням, покладання обов'язку відшкодувати завдані збитки, притягнення до дисциплінарної відповідальності, втрата права на спеціальну пенсію тощо).

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «корупційний злочин». Водночас у ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (далі у цьому підрозділі – Закон від 14 жовтня 2014 р.) наводиться дефініція поняття «корупційне правопорушення», яка, своєю чергою, відсилає до розміщеного тут же визначення поняття «корупція», а примітка ст. 45 КК закріплює перелік злочинів, віднесених до числа корупційних. При визначенні співвідношення згаданих законодавчих положень слід враховувати застереження, зроблені, відповідно, в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні злочини визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж у ч. 3 ст. 3 КК недвозначно сказано, що злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Можна сказати і так: регулювання відносин, пов'язаних із кримінальною відповідністю за вчинений корупційний злочин і звільненням від такої відповідальності, є виключною прерогативою КК.

З приводу «автономності» аналізованих нормативних приписів чітко висловлюється М.І. Хавронюк: «Поняття «корупційне правопорушення» має значення для застосування Закону «Про запобігання корупції», а поняття «корупційний злочин» – для застосування КК»²²⁰. Тому складно погодитись

²²⁰ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 22.

із Н.А. Орловською, яка стверджує, що кримінально-правова дефініція, наведена у примітці ст. 45 КК, містить положення бланкетного характеру, що змушує їх тлумачити виключно у світлі Закону України «Про запобігання корупції»²²¹. При цьому А.В. Савченко відзначає незвичність тієї обставини, що при визначенні корупційних злочинів у примітці ст. 45 КК не встановлено зв'язок із ключовим у такому разі терміном «корупція», про який йдеться в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р.²²². Можна скільки завгодно і, до речі, цілком доречно критикувати законодавця за недосконалий перелік корупційних злочинів, наводити різні доктринальні визначення таких злочинів, проте, як зазначає М.І. Мельник, перевагою підходу, втіленого в примітці ст. 45 КК, є визначена юридична чіткість щодо розуміння корупційних злочинів, яка має забезпечити реалізацію принципу законності в правозастосовній діяльності²²³.

Зі сказаного випливає, що неузгодженості, які мають місце між визначенням поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів, за загальним правилом, не повинні братись до уваги при визначенні кримінально-правових наслідків вчинення того чи іншого злочину. Водночас, з огляду на пріоритетність при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), який

²²¹ Орловська Н.А. До питання про корупційні злочини у КК України. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції*, м. Харків, 18-19 жовтня 2018 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2018. С. 253.

²²² Савченко А. Актуальні питання кримінальної відповідальності за корупційні злочини. *Право України*. 2015. № 12. С. 59.

²²³ Мельник М.І. Корупційні злочини. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2. С. 357.

Вчений, щоправда, не схильний до ідеалізації відповідного переліку. Так, у віддуку М.І. Мельника як офіційного опонента на кандидатську дисертацію В.Я. Громка «Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України» зазначається, що всупереч існуючій законодавчій практиці до корупційних варто відносити лише ті службові злочини, в основі яких лежить корислива мотивація.

передбачає, серед іншого, протиставлення судової правотворчості принципу законності у тих виключних випадках, коли закон сам по собі чи при його застосуванні в конкретній ситуації породжує явну несправедливість²²⁴, навряд чи можна виключити застосування статей КК, що містять застереження «крім корупційних злочинів», стосовно осіб, які вчинили вказані у примітці ст. 45 КК злочини, – якщо ці злочини не містять обов'язкових ознак корупційного правопорушення та корупції, у зв'язку з чим особи, які вчинили такі діяння, всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 фактично не є корупціонерами.

Д.Г. Михайленко обмежується вельми стислим визначенням корупційного злочину і констатацією того, що закріплення вичерпного переліку корупційних злочинів у примітці ст. 45 КК «має як перевагу (усуває можливі зловживання під час кваліфікації конкретного злочину як корупційного), так і недоліки (не охоплює всіх злочинів, які можуть бути корупційними (наприклад, ч. 4 ст. 160, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 201, ст. ст. 358, 365, 366, 369-3, ч. 3 ст. 371, ч. 2 ст. 375 КК), передбачає злочини, які можуть бути й не корупційними (наприклад, ст. ст. 210, 320 КК))»²²⁵. З приводу наведеного висловлювання хотів би зауважити, що: а) знаходження тієї

²²⁴ Дудоров О.О., Мазур М.В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2017. № 5. С. 129-140.

Неузгодженість відповідних законодавчих формулювань «відкриває широке поле діяльності для адвокатів, аби доводити, що злочин, який вчинив їх підопічний, попри те, що вказівка на нього як на корупційний міститься у Кримінальному кодексі, насправді корупційним не є» (див.: Ярмиш Н.М. Щодо відповідності поняттю корупційного правопорушення злочинів, передбачених статтею 45 Кримінального кодексу України. *Юридичний вісник*. 2015. № 3. С. 161). Видається, що лише за допомогою звернення до верховенства права в адвоката з'являється шанс «виграти справу», посилаючись на невідповідність примітки ст. 45 КК визначенню поняття корупційного правопорушення, наведеному в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р.

²²⁵ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 80.

чи іншої статті КК у відповідному переліку жодним чином не впливає на кваліфікацію передбаченого нею злочину²²⁶, однак береться до уваги при визначенні його кримінально-правових наслідків; б) якщо існуючий перелік корупційних злочинів має вади (а це справді так), то не зовсім зрозуміло, чому дослідник не визнав за потрібне його вдосконалити і за винятком незначних змін (виключення вказівки на ст. 354 КК і доповнення вказівкою на нову ст. 369-4 КК) запропонував залишити згаданий перелік незмінним²²⁷.

De lege ferenda понятійний апарат антикорупційного законодавства України потребує узгодження, і тут мають стати в нагоді здобутки кримінально-правової доктрини. На що ж у розглядуваному контексті звертають увагу вітчизняні дослідники?

По-перше, відзначається не зовсім звичне (вдале, оптимальне) місце переліку корупційних злочинів у КК (стаття його Загальної частини, присвячена одному з видів звільнення від кримінальної відповідальності) і пропонуються інші варіанти розв'язання цього питання – розміщення відповідного переліку в ст. 44 КК «Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності»²²⁸, новій статті 45-1 КК «Перелік корупційних злочинів»²²⁹, Особливій частині КК без вказівки на його конкретний розділ²³⁰,

²²⁶ Таку ж негочність допускають В.С. Ковальський та О.І. Клименко (див.: Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / В.С. Ковальський, О.І. Миколенко, Є.Л. Стрельцов, О.І. Клименко. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 13).

²²⁷ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 484, 497.

²²⁸ Ярмиш Н.М. Зазначена праця. С. 158; Боровик А.В. Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини: дис. ... канд. юрид. наук. Луцьк, 2017. С. 189.

²²⁹ Настюк В., Крайник Г. Проблеми адміністративної та кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення в Україні. *Право України*. 2015. № 12. С. 51.

²³⁰ Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 28-29.

розділі XVII Особливої частини КК, який передбачає відповідальність за «левову частку» корупційних злочинів²³¹.

Щоправда, і такі пропозиції навряд чи можуть розцінюватись як безспірні. Адже: 1) специфічні кримінально-правові наслідки вчинення корупційних злочинів регламентовані Загальною частиною КК і при цьому не зводяться до унеможливлення застосування до тих, хто вчинив такі злочини, норм про загальні види звільнення від кримінальної відповідальності (за винятком ст. 49 КК); 2) корупційними є і ті злочини, норми про відповідальність за які розташовано поза межами розділу XVII Особливої частини КК; 3) системоутворювальним чинником формування переліку корупційних злочинів не виступає об'єкт посягання. Як слушно зауважує з цього приводу В.І. Осадчий, об'єднання норм про корупційні злочини в рамках примітки ст. 45 КК не означає збігу їхніх безпосередніх об'єктів²³². Немає підстав вести мову і про родовий об'єкт корупційних злочинів²³³, що, до речі, ускладнює формулювання визначення поняття корупційних злочинів за прикладом наведеної в ч. 1 ст. 401 КК дефініції поняття військових злочинів. Так, законодавець вчинив дуже (щоб не сказати – занадто) прагматично, включивши перелік корупційних злочинів у статтю КК, в якій вперше згадується таке

²³¹ Мисливий В. А. Антикорупційна політика у кримінально-правовому вимірі. *Міжнародний журнал «Право і суспільство»*. За ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В. А. Вип. 2. Івано-Франківськ: Фоліант, 2015. С. 115-116; Горпинюк О.П. Деякі шляхи вдосконалення кримінально-правових норм про корупційні злочини та інші посягання, пов'язані зі службовим зловживанням. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2. С. 276, 280.

²³² Осадчий В.І. Корупційні злочини: монографія. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2016. С. 21.

²³³ Шукати особливий об'єкт кримінально-правової охорони для виділення групи корупційних злочинів не варто, адже метою введення категорії «корупційний злочин» є створення кримінально-правового режиму протидії саме таким злочинам, що має особливості порівняно із загальним кримінально-правовим режимом (див.: Михайленко Д.Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 93).

словосполучення. Проте свою волю за відсутності в КК «термінологічного» розділу він виразив максимально чітко та ясно; інше вирішення питання про місце відповідного переліку в КК, як я спробував показати, викликало б не менше запитань. І головне: порівняно зі змістовними речами (на кшталт, наприклад, неможливості застосування статей 45-48, 69, 75 КК до того, хто вчинив караний за ст. 354 КК «активний» або «пасивний» підкуп працівника підприємства, установи, організації, який не є службовою особою і не здійснює професійну діяльність, пов'язану за наданням публічних послуг) існує місце переліку корупційних злочинів у КК – другорядний аспект його якості, не здатний негативним чином вплинути на правозастосування.

По-друге, до закріпленого в КК переліку корупційних злочинів повинні входити лише ті злочини, склади яких містять обов'язкові ознаки корупційного правопорушення та корупції, відображені в Законі від 14 жовтня 2014 р. як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією (при тому, що вказані ознаки також потребують уточнення).

Принадібно зауважу, що найбільш типовими підходами до наукового розуміння корупції є: 1) корупція як підкуп і продажність державних чи інших службовців; 2) корупція як зловживання владою чи службовим становищем, вчинене з корисливою метою; корупцією визнається використання службових повноважень, статусу посади, а також її авторитету та пов'язаних з нею можливостей для задоволення особистого інтересу або групових інтересів; 3) корупція як елемент (ознака) або різновид організованої злочинності; визначення поняття корупції обмежується

загальними ознаками і характеризується відсутністю чітких формулювань, які б дозволили виділити істотні ознаки цієї правової категорії²³⁴.

Щодо віднесення згідно з приміткою ст. 45 КК до числа корупційних злочинів, передбачених статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК, у випадку їхнього вчинення шляхом зловживання службовим становищем²³⁵, то загалом логічність (виправданість) цього кроку зумовлена тим, що суть вказаних злочинів, яка полягає в посяганні відповідних суб'єктів на чуже майно (його специфічні різновиди), «вписується» в таку форму корупції, як використання особою, зазначеною в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р., наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей

²³⁴ Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. Київ: Юридична думка, 2004. С. 67-70.

²³⁵ До речі, питання про корупційність різновидів злочину, передбаченого ст. 191 КК, постає не лише у контексті настання спеціальних кримінально-правових наслідків, встановлених для осіб, які вчинили корупційні злочини. Так, на одному із засідань Вищої ради правосуддя (ВРП) вирішувалось питання про обґрунтованість притягнення до дисциплінарної відповідальності прокурора, який у межах відповідного кримінального провадження не визнав корупційним злочином розтрату 162844 грн., вчинену службовою особою банку шляхом укладання фіктивних кредитних договорів, яку (розтрату) було кваліфіковано за ст. 191 КК. З урахуванням цієї фабули і тексту примітки ст. 45 КК можна зрозуміти здивування члена ВРП А.М. Бойка, який намагався з'ясувати у прокурора, чому той всупереч законодавчій вимозі не розцінив вказаний злочин як корупційний (див.: Каменських П. Нікого не посадять. *Закон і Бізнес*. 2018 р. 10-16 лист. (№ 45)).

Якби розтрату коштів скоїв банківський працівник, не визнаний службовою особою, то вчинений злочин не було б підстав відносити до корупційних злочинів. Висловлю припущення, що сумнів прокурора був зумовлений тим, що злочин, караний за ст. 191 КК, визнається корупційним виключно у випадку, коли він вчиняється шляхом зловживання службовим становищем; при цьому ст. 191 КК передбачає й такі відмінні від заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем форми розкрадання, як привласнення і розтрата. Невипадково в юридичній літературі ставиться питання про визнання корупційним злочином вчинення службовою особою не тільки заволодіння чужим майном шляхом зловживання своїм службовим становищем, а й привласнення або розтрата такого майна, тобто будь-якого розкрадання чужого майна одним із способів, вказаних у ч. 2 ст. 191 КК (див.: Биков К.Г. До визначення предмету корупційного злочину. *Форум права*. 2017. № 2. С. 10-11).

з метою одержання неправомірної вигоди (далі – НВ)²³⁶. Тому не можна погодитись із висловлюванням про те, що «Закон «Про запобігання корупції» заволодіння шляхом зловживання службовим становищем певним майном (речами) не

²³⁶ Предметом НВ може бути будь-який ресурс: капітал, товари, роботи, послуги, інформація, влада, лояльність тощо. Тобто в антикорупційному законодавстві України (включаючи КК) втілено підхід, згідно з яким НВ визнається все те: а) чим можна підкупити відповідного суб'єкта (або віддячити йому) і здійснити на нього вплив шляхом надання будь-яких благ і послуг незалежно від того, мають вони майнові чи немайнові властивості; б) що має цінність в очах того, хто її отримує, та задовольняє найрізноманітніші потреби, бажання і примхи людини. НВ у буквальному розумінні цього поняття виступають ті різновиди майна, які вилучені з цивільного обігу або обмежені в ньому (порнографічні предмети, наркотичні засоби, вогнепальна і холодна зброя, бойові припаси тощо). Натомість гроші, будьякі інші не заборонені чи обмежені в обігу законом речі, послуги тощо визнаються НВ лише завдяки закріпленню такого їхнього «статусу» в антикорупційному законодавстві.

Докладна характеристика НВ наводиться, зокрема, у таких джерелах: Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 28-46; Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. Хавронюк М.І. Київ: Ваіте, 2018. С. 51-65; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1084-1088; Бондаренко О.С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 71-107; Крайник Г.С. Неправомірна вигода як предмет корупційних злочинів в Україні. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 27. С. 192-201; Павленко Т.А. Деякі аспекти законодавчого визначення поняття «неправомірна вигода». *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 2. С. 193-196; Перешивко О.С. Кримінальна відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2018. С. 79-90; Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 67-80; Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 71-93; Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 102-107; Харченко В.Б. Нематеріальні активи на об'єкти інтелектуальної власності у структурі неправомірної вигоди за кримінальним правом України. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 1. С. 296-308; Боровик В.А., Мезенцева І.Є. Протидія корупційній злочинності: підручник. Луцьк: СПД Гадяк Ж. друкарня «Волиньполіграф», 2018. С. 303-312.

В одній з африканських держав місцевий священик був визнаний винуватим у скоєнні злочину. Він пообіцяв судді молитися за нього в обмін на поблагливість при призначенні покарання. Чи може пропозиція молитися за людину розглядатись як «перевага» а отже, елемент злочину в формі хабарництва? (див.: Основные понятия и концепции антикоррупционной деятельности: учеб. пособие. Совет Европы, 2015. С. 97. URL: <https://rm.coe.int/16806efe98> (дата звернення: 10.02.2019)). Попри всю екзотичність наведеної ситуації відповідь про наявність у цьому разі обіцянки НВ за КК України, очевидно, має бути ствердною.

відносить до ознак корупції»²³⁷. Корупція може проявлятися й у формі різних розкрадань²³⁸.

На погляд В.М. Киричка, корупційними злочинами є не всі корисливі зловживання особами своїми службовими повноваженнями чи пов'язаними з ними можливостями, а лише такі з них, в яких корисливий мотив за своїм змістом означає одержання НВ для винного чи інших осіб від того, хто надає НВ²³⁹. Викладений підхід, хоч й узгоджується з поширеним розумінням корупції як підкupu і зворотної йому продажності певних осіб, обміну влади на гроші або інші ресурси²⁴⁰, означає навряд чи виправдане обмежувальне тлумачення положень антикорупційного законодавства і, зокрема, не бере до уваги ратифіковану Україною Конвенцію ООН проти корупції з її ст. 17 «Розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою

²³⁷ Кундеус В.Г. Щодо співвідношення ознак корупції, корупційного правопорушення та корупційних злочинів. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 116.

²³⁸ Онуфrienко А.В. Система преступлений коррупционной направленности: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 35.

²³⁹ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 16, 27.

За такого підходу: корупція розуміється як угода – надання та одержання різного роду майнових і немайнових вигід, якими обмінюються сторони в корупційних відносинах; підкуп вважається стрижнем корупції; службові злочини, не поєднані з підкупом, не відносяться до числа корупційних (див.: Лопашенко Н.А. Уголовная политика. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 402-408, 424; Марьина Е.В. Коррупционные преступления: отраслевое и межотраслевое согласование норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2010. С. 8, 12).

²⁴⁰ Ст. 2 Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією, ратифікованої Законом України від 16 березня 2005 р., визначає корупцію подібним чином – як прямі чи опосередковані вимогання, пропонування, дачу або одержання хабара чи будь-якої іншої неправомірної вигоди або можливості її отримання, які порушують належне виконання будь-якого обов'язку особою, що отримує хабар, неправомірну вигоду чи можливість мати таку вигоду, або поведінку такої особи. Водночас слід мати на увазі, що у відповідних міжнародно-правових актах відсутнє уніфіковане визначення поняття корупції, й до того ж останнє має трактуватись у межах національного законодавства, тобто існує пріоритет національних норм над міжнародно-правовими (див.: Шуп'яна М.Ю. Корупція: особливості дефініції в міжнародно-правових актах і вітчизняному законодавстві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2017. Вип. 5. Т. 2. С. 122).

особою», ст. 19 «Зловживання службовим становищем» і ст. 22 «Розкрадання майна в приватному секторі». Корупційним злочином має визнаватись і відмінне від підкупу одноособове службове зловживання державної посадової особи, не поєднане зі збагаченням цієї особи чи інших осіб, яке, однак, вчиняється з метою придбання неправомірної переваги для себе чи іншої особи²⁴¹.

Здійснюючи тлумачення вказаних міжнародно-правових норм, М. Михайлов слушно зазначає, що у передбачених ними випадках відсутня особа, яка б надавала НВ. Отже, немає від кого приймати таку вигоду, а тому корупціонер вимушений самостійно її здобувати – одержувати. Тобто у «пасивного» корупціонера може бути мета, яка забезпечується не діями «активного» корупціонера, а діями самого одержувача НВ. Дослідник переконливо аргументує положення про те, що під одержанням НВ у легальному визначенні корупції варто розуміти дії особи, вказаної у ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р., з набуття НВ шляхом активного її здобування із використанням своїх службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, але за відсутності підкупу²⁴². Із Конвенції ООН проти корупції випливає належність до числа корупційних злочинів, зокрема, дій, спрямованих на незаконне отримання матеріальної вигоди без обов'язкової участі другої сторони – розкрадання, неправомірного привласнення або іншого нецільового використання майна, а також незаконного збагачення²⁴³.

²⁴¹ Основные понятия и концепции антикоррупционной деятельности: учеб. пособие. Совет Европы, 2015. С. 100-101. URL: <https://rm.coe.int/16806efef98> (дата звернення: 10.02.2019).

²⁴² Михайлов М. Одержання та прийняття неправомірної вигоди у законодавчому визначенні корупції. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 2. С. 25, 27, 28.

²⁴³ Медвецька О. Поняття, ознаки та види корупційних злочинів, їх особливості відповідно до актів міжнародного законодавства. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 7. С. 45.

Водночас науковці переконані в помилковості віднесення до числа корупційних злочину, передбаченого ст. 320 КК (порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, навіть якщо в результаті цього відбулося заволодіння ними шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, за своєю природою не є корупційним злочином)²⁴⁴, а тому згадування про цю кримінально-правову заборону підлягає виключенню з примітки ст. 45 КК. Існує також серйозний сумнів у доречності включення в розглядуваний перелік злочину, передбаченого ст. 357 КК: «Навряд чи заволодіння службовою особою документами, штампами чи печатками, тим більше їх знищення чи пошкодження, обов'язково здійснюється з метою одержання неправомірної вигоди. Та й у диспозиції йдеться не лише про «корисливі мотиви» (що корелює з метою одержання неправомірної вигоди), а й про «інші особисті інтереси». А без мети одержання неправомірної вигоди злочин не може розглядатися як корупційний»²⁴⁵.

З примітки ст. 45 КК варто виключити й ст. 210 КК «Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням». На перший погляд ця стаття КК слугує відображенням ст. 17 Конвенції ООН проти корупції, проте описання злочину в

²⁴⁴ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 22; Ярмиш Н.М. Зазначена праця. С. 160; Савченко А.В. Зазначена праця. С. 32; Осадчий В.І. Корупційні злочини: монографія. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2016. С. 16; Хавронюк М.І. Щодо переліку корупційних злочинів і правових наслідків їх вчинення. *Кримінально-правове, кримінологічне та кримінально-виконавче забезпечення прав і свобод людини і громадянина: матеріали круглого столу*, 10 березня 2017 р. / за ред. О.П. Рябчинської. Запоріжжя: КПУ, 2017. С. 124; Харченко В.Б. Корупційні злочини і порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, вчинені службовою особою з використанням службового становища. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф.* (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 195.

²⁴⁵ Ярмиш Н.М. Зазначена праця. С. 160.

ст. 210 КК, на відміну від конвенційної норми, не вказує на мету одержання НВ для суб'єкта злочину, іншої фізичної або юридичної особи. Крім того, вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК, може лише створювати передумови для розкрадання відповідним суб'єктом певного майна. Суспільна небезпека згаданого злочину, який немає підстав визнавати корупційним, визначається передусім посяганням на бюджетну систему в частині встановленого порядку виконання державного і місцевих бюджетів за видатками і кредитування з бюджету. Виходячи з того, що НВ не є ні предметом, ні метою вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК, думку про безпідставність згадування цієї статті в примітці ст. 45 КК висловлює чимало авторів.

Компромісною виглядає точка зору М.І. Мельника, який злочин, караний за ст. 210 КК, відносить до так званих умовних корупційних злочинів на тій підставі, що для наявності його складу закон не вимагає корисливої мотивації або іншої особистої заінтересованості²⁴⁶. Ще один доктринальний підхід полягає в тому, щоб шляхом внесення змін до законодавчого описання відповідного злочину зберегти його корупційний статус. Так, М.І. Хавронюк задля віднесення злочину, передбаченого ст. 210 КК, до числа корупційних пропонує доповнити ч. 2 цієї статті словами «або з метою одержання неправомірної вигоди»²⁴⁷. Я свого часу висував подібну пропозицію – про визнання кваліфікованим видом цього злочину вчинення його з корисливих мотивів. Така диференціація кримінальної відповідальності, крім часткового узгодження ст. 210 КК зі ст. 17 Конвенції ООН проти корупції, дозволила б врахувати позицію судової практики, у межах якої фактична караність злочину, передбаченого ст. 210 КК, залежить, зокрема, від

²⁴⁶ Мельник М.І. Зазначена праця. С. 356.

²⁴⁷ Хавронюк М.І. Зазначена праця. С. 124.

мотиву дій винуватого²⁴⁸. У будь-якому разі (з урахуванням викладених міркувань) складно погодитись із пропозицією беззастережного віднесення до числа корупційних злочинів видання службовою особою нормативноправового акта, що зменшує надходження бюджету або збільшує витрати бюджету всупереч закону (ст. 211 КК)²⁴⁹.

До ухвалення резонансного рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. (про це йтиметься у підрозділі 3.6) була позбавлена однозначності ситуація з корупційністю незаконного збагачення (навіть при тому, що ст. 368-2 КК фігурує в примітці ст. 45 КК). М.І. Хавронюк оригінально називав цей злочин квазі-корупційним, тобто таким, що не є корупційним, але пов'язаний з корупцією²⁵⁰. Ст. 368-2 КК не дозволяла визнавати незаконне збагачення корупційним злочином, адже вона формулювалась таким чином, що предикатним стосовно незаконного збагачення міг виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тому занадто категоричною слід було вважати позицію авторів, які відносили незаконне збагачення до «прямо корупційних злочинів»²⁵¹. Водночас виключати з примітки ст. 45 КК вказівку на ст. 368-2 КК було б, мабуть, неправильно (несвоєчасно), позаяк кримінальна відповідальність за незаконне збагачення при виваженому застосуванні

²⁴⁸ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 276.

²⁴⁹ Красій М.О. Підслідність корупційних злочинів: основні положення КК та КПК України. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». 9-10 грудня 2016 р. Івано-Франківськ, 2017. С. 295; Михальченко О.М. Корупція в Україні: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. С. 186, 204.

²⁵⁰ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 27.

²⁵¹ Боровик В.А., Мезенцева І.Є. Протидія корупційній злочинності: підручник. Луцьк: СПД Гадяк Ж. друкарня «Волиньполіграф», 2018. С. 297.

вказаної заборони була спроможна відіграти роль одного з ефективних засобів боротьби за латентною корупцією.

Злочином, щодо якого також виникають труднощі з віднесенням його до числа корупційних, є зловживання впливом (ст. 369-2 КК)²⁵². Складається враження, що цей злочин обґрунтовано визнаний корупційним, адже, полягаючи в пропозиції, обіцянці, наданні НВ, а також у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні НВ, він охоплюється визначенням поняття корупції, закріпленим у ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. Водночас законодавча дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, перелік осіб наводиться в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р., у той час, як із питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом наразі спостерігається законодавча невизначеність

²⁵² Ст. 369-2 КК є результатом імплементації ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції. Цікаво, що обидві ці норми в офіційних перекладах конвенцій мають назву «Зловживання впливом» при тому, що в англійських текстах згаданих міжнародно-правових актів вживається зворот «trading in influence», який у перекладі на українську мову буквально означає «торгівлю впливом».

У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції вказується на можливість вжиття кожною державою-учасницею таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами низки дій, якщо вони вчинені умисно: 1) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи; 2) вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги. Аналогічні формулювання знаходимо в ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією. При цьому в пп. 64-66 Пояснювальної записки до вказаної Конвенції зазначається, що криміналізація зловживання впливом має на меті дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії, до якої він належить, і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого професійного становища або соціального статусу, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери і послаблює віру громадян у справедливість державного управління.

При цьому чинна редакція ст. 369-2 КК сформульована максимально узагальнено (абстрактно); вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного харбарництва за участю «публічних» службових осіб і законних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її.

(див. підрозділ 3.2). У будь-якому разі складно погодитись із В.І. Тютюгіним і К.С. Косіною, які ст. 369-2 КК наводять як приклад того, що першою ознакою корупційних злочинів є обов'язковий зв'язок їх вчинення з використанням влади, службового становища або можливостей, які впливають з такого становища²⁵³. Для беззастережного віднесення зловживання впливом до числа корупційних злочинів потрібно уточнювати законодавче визначення поняття корупційного правопорушення.

Для кваліфікації за ч. 1 ст. 369-2 КК не має значення, чи здійснила особа, якій запропонували, пообіцяли або надали НВ, вплив на того, хто уповноважений на виконання функцій держави. При цьому уповноважена особа, яка приймає рішення, може і не знати про злочин, вчинюваний у зв'язку з таким рішенням, і навіть не прийняти «потрібне» рішення. Виходячи з того, що при зловживанні впливом особа, уповноважена на виконання функцій держави, ще не задіяна в корупційному процесі, В.І. Осадчий робить висновок про те, що склад злочину «зловживання впливом» не повною мірою узгоджується із законодавчим визначенням поняття корупції²⁵⁴. Я також вважаю, що зловживання впливом лише частково може вважатись корупційним злочином, однак не охоплення чинною редакцією ст. 369-2 КК корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави, видається цілком зрозумілим і прийнятним з урахуванням відображеного у відповідних міжнародно-правових актах призначення цієї кримінально-правової заборони.

Необхідність уточнювати законодавче визначення поняття корупційного правопорушення зумовлена також тією

²⁵³ Тютюгін В.І., Косінова К.С. Поняття та ознаки корупційних злочинів. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 1. С. 394.

²⁵⁴ Осадчий В.І. *Корупційні злочини: монографія*. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2016. С. 73-74.

обставиною, що диспозиціями статей 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК охоплюється вчинювана загальним суб'єктом «активна» корупція, тобто обіцянка, пропозиція і надання НВ. Якщо законодавче визначення поняття корупції (ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р.) включає в себе як «активну», так і «пасивну» корупцію, то дефініція корупційного правопорушення, поняття якого носить міжгалузевий характер і *de lege ferenda* має розглядатись як родове щодо поняття корупційного злочину (останній логічно визнавати одним із видів корупційних правопорушень), охоплює поведінку лише «пасивних» корупціонерів, тобто осіб, перерахованих в ч. 1 ст. 3 Закону від 14 жовтня 2014 р. Принагідно зауважу, що подібна вада притаманна визначенню поняття корупційного злочину, яким пропонується доповнити КК²⁵⁵, а також підходу науковців, які однією з ознак корупційного злочину називають вчинення його спеціальним суб'єктом²⁵⁶.

Чинними редакціями статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК передбачено відповідальність не лише за прийняття пропозиції, обіцянки НВ та її одержання, а і за прохання надати НВ. Однак згадування про такий різновид корупційної поведінки невинуватиме відсутнє у визначенні поняття корупції, закріпленому в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., що зайвий раз переконує в тому, що і це визначення доцільно вдосконалити.

Законодавчим визначенням поняття корупції чомусь не охоплюється обіцянка, пропозиція або надання НВ з метою схилити відповідного суб'єкта до правомірного викори-

²⁵⁵ Осадчий В.І. Зазначена праця. С. 14, 25.

²⁵⁶ Михайленко Д.Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 94; Савченко А. Актуальні питання кримінальної відповідальності за корупційні злочини. *Право України*. 2015. № 12. С. 59; Мисливий В.А. Зазначена праця. С. 116-117.

В юридичній літературі перераховані у примітці ст. 45 КК корупційні злочини пропонується класифікувати на злочини, вчинювані: а) спеціальним суб'єктом; б) загальним суб'єктом (див.: Батраченко Т.С., Копійко Ю.С. Особливості кримінального законодавства у сфері корупційних злочинів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 6. С. 307).

стання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей тоді, як вказана поведінка вважається складовою корупційних злочинів, караних за статтями 354, 368-3, 368-4, 369 КК. З цього приводу Н.М. Ярмиш зазначає, що жодна стаття КК із тих, де йдеться про надання-одержання НВ, не містить ознак, з яких би випливало, що за НВ очікується вчинення саме протиправного діяння²⁵⁷. Задля фрагментарного вирішення цієї проблеми О.М. Михальченко висуває пропозицію вказати у вдосконаленій ч. 1 ст. 354 КК на те, що НВ пропонується, обіцяється або надається з метою схилити працівника підприємства, установи чи організації (або особу, яка працює на користь підприємства, організації, установи) до вчинення діяння з протиправним використанням свого становища. Досліднику імponує точка зору В.М. Куца, згідно з якою у випадку підкупу працівника за якісно надану послугу без протиправного використання ним службових повноважень діяння не може вважатись корупційним через брак у ньому ознак корупції, а тому воно позбавлене суспільної небезпеки²⁵⁸. Я не відкидаю такий шлях вдосконалення ст. 354 КК як один із варіантів обмеження сфери застосування втіленої у цій забороні кримінально-правової репресії. Незрозуміло, однак, чому викладена логіка міркувань не поширюється на ті різновиди злочинного підкупу, які передбачені статтями 368-3, 368-4, 369 КК.

До слова наразі для наявності складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-

²⁵⁷ Ярмиш Н.М. Зазначена праця. С. 161.

²⁵⁸ Михальченко О.М. Корупція в Україні: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. С. 193-194, 204-205.

Про це саме веде мову І.С. Ковальова (див.: Ковальова І.С. Одержання неправомірної вигоди у складі підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції* (Хмельницький, 2 березня 2018 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 149).

правової форми», не має значення, за виконання яких (законних чи незаконних) діянь суб'єкт одержує НВ (приймає пропозицію або обіцянку такої вигоди). Тобто НВ службовій особі юридичної особи приватного права можуть надавати, пропонувати, обіцяти (а вона її одержує, приймає відповідну пропозицію, обіцянку) за правомірні діяння, що впливають з її службових повноважень (наприклад, за укладання цивільно-правового або трудового договору, надання відпустки, призначення на більш оплачувану посаду, видачу кредиту). Однак такий підхід суперечить відповідним міжнародно-правовим рекомендаціям: і в статтях 7, 8 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (назви статей – «Дача хабара у приватному секторі», «Одержання хабара у приватному секторі», відповідно), і в ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (назва статті – «Підкуп у приватному секторі») наголошується на тому, що поведінка суб'єкта «пасивного» підкупу, за яку одержується НВ, має означати порушення обов'язків такого суб'єкта. З цього приводу в п. 56 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією зазначається, що в приватному секторі згадане порушення обов'язків є обов'язковою кваліфікуючою ознакою; це і виправдовує включення корупції в приватному секторі в число злочинів. З іншого боку, наведене в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. визначення поняття корупції має відображати не міжнародно-правові рекомендації, до яких Україна могла і не дослухатись, а стан речей, зафіксований у чинних редакціях статей КК про відповідальність за корупційні злочини.

Ще одним проявом неузгодженості між переліком корупційних злочинів і законодавчим визначенням поняття корупції є те, що статтею 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. не охоплюються обіцянка, пропозиція і надання НВ належному суб'єкту без ознак підкупу, хоч відповідно до диспозицій

статей 354, 368-3, 368-4, 369 КК, згаданих у примітці ст. 45 КК, така корупційна поведінка визнається злочинною.

По-третє, вадою примітки ст. 45 КК є не лише показана безпідставність віднесення деяких злочинів до числа корупційних, а й зворотна ситуація – незрозуміле невизнання корупційними злочинів, які з урахуванням їхньої суті, що кореспондує ознакам законодавчих понять «корупційне правопорушення» і «корупція», мали б бути визнані такими.

Враховуючи відповідні законодавчі визначення та ознаки понять «корупційне правопорушення» і «корупція» (спеціальний суб'єкт – особа, зазначена в базовому антикорупційному законі; суб'єктивна сторона – умисна форма вини і спеціальна мета – одержання НВ або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб; об'єктивна сторона – діяння у вигляді використання суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення наданих йому службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей), П.П. Андрушко зазначає, що корупційним злочином має визнаватися будь-яке діяння, склад якого передбачений в Особливій частині КК та яке має зазначені ознаки²⁵⁹. Про це саме ведуть мову В.М. Куц та Я.О.Триньова, слухно звертаючи, поміж іншого, увагу на те, що законодавчий перелік корупційних злочинів не повинен бути вичерпним, оскільки такий підхід не враховуватиме існування прогалін і зумовлених ними законодавчих змін. Дослідники зазначають, що класифікацію корупційних злочинів необхідно розпочати з їх розподілу на дві групи: 1) корупційні злочини у вузькому (власному) сенсі; 2) корупційні злочини у широкому значенні. До перших належать злочини, наведені у розділі XVII Особливої частини КК,

²⁵⁹ Андрушко П.П. Поняття корупційного злочину, ознаки його складу. *Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С. 26.

а до другої групи – всі інші корупційні злочини, норми про які розміщені в інших розділах Особливої частини КК (статті 149, 189, 191, 201, 248, 303, 308, 312, 313, 320, 410, 423, 424). Своєю чергою, корупційні злочини першої групи розподіляються на види залежно від обраного критерію класифікації. Так, відповідно до ролі суб'єкта у вчиненні корупційного злочину можливий їх поділ на активні та пасивні прояви корупції²⁶⁰. Інколи в юридичній літературі виділяють потенційно корупційні злочини, тобто діяння, часто пов'язані з корупцією, які, однак, можуть не стосуватись цього явища²⁶¹.

De lege lata відсутність у примітці ст. 45 КК тієї чи іншої статті Особливої частини КК означає, що вчинення передбаченого нею злочину не повинно тягнути за собою спеціальних негативних наслідків, встановлених Загальною частиною КК для тих, хто вчинив корупційні злочини. Як слушно зазначається з цього приводу в літературі, закріплений у примітці ст. 45 КК перелік корупційних злочинів є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає²⁶². У результаті особа, яка вчинила злочин, що фактично є корупційним (наприклад, протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань, здійснений шляхом підкупу)²⁶³,

²⁶⁰ Куц В., Триньова Я. Поняття корупційних злочинів та їх види. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 4. С. 35-36; Куц В.М. Деякі дискусійні аспекти кримінально-правового забезпечення протидії корупції в Україні. *Право і держава: проблеми розвитку та взаємодії у XXI ст.*: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 29-30 січня 2016 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2016. С. 124-125.

²⁶¹ Крайник С. Поняття та система корупційних злочинів в Україні. *Вісник прокуратури*. 2015. № 1. С. 83.

²⁶² Тютюгін В.І., Косінова К.С. Зазначена праця. С. 396.

²⁶³ Про особливості кримінально-правової характеристики злочинів, передбачених різними частинами ст. 369-3 КК, див., зокрема: Гродецький Ю.В. Питання вдосконалення примітки до статті 369-3 КК України. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2016. № 1. С. 269-279; Задоя К.П. Науково-практичний коментар до статті 369-3 Кримінального кодексу України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань». *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 2. С. 146-157; Семенюк О., Неміч Ф. Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 214-217; Старка А.Б. Окремі аспекти кримінально-правової характеристики складу злочину, передбаченого ст. 369-3 КК України. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2018. № 1. С. 153-162.

може легально уникнути спеціальних правових наслідків, встановлених для корупціонерів. За таких обставин не зовсім чіткою виглядає думка про те, що у наведений у примітці ст. 45 КК перелік корупційних злочинів «можна додати ст. 369-3 КК України»²⁶⁴. З погляду застосування КК ця точка зору не може бути сприйнята; якщо ж мався на увазі аспект *de lege ferenda*, то очевидно, що відповідний законодавчий перелік підлягає розширенню не тільки за рахунок однієї згаданої кримінально-правової норми.

Має рацію В.А. Мисливий, на думку якого при подальшому пошуку оптимальної моделі корупційних злочинів треба враховувати, що корупція як негативне і небезпечне явище стосується значно більшого сегмента суспільно небезпечних посягань (злочинів проти прав і свобод людини і громадянина, злочинів у сфері господарської діяльності, злочинів проти правосуддя тощо), що має бути враховано кримінальним законом²⁶⁵. Заслуговують на підтримку доктринальні пропозиції, спрямовані на розширення законодавчого переліку корупційних злочинів щонайменше за рахунок корисливих злочинів, вчинюваних службовими особами з використанням свого службового становища (це, зокрема, відповідні частини статей 149, 157, 158, 160, 163, 168, 169, 176, 182, 189, 201, 206-2, 375 КК), а також злочину, передбаченого ст. 369-3 КК «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних

²⁶⁴ Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 524.

²⁶⁵ Мисливий В.А. Зазначена праця. С. 117; Мисливий В.А. Протидія корупції: кримінально-правовий аспект. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. Харків: Золота миля, 2015. С. 123.

змагань»²⁶⁶. Взагалі для того, щоб у черговий раз «не забути» включити у відповідний перелік норму про певний злочин і надати в розпорядження правозастосувача чіткий нормативний орієнтир, слід ретельно проаналізувати на предмет наявності корупційної складової всю Особливу частину КК²⁶⁷.

М.І. Мельник вважає, що система корупційних злочинів поділяється на три групи: 1) безумовно корупційні злочини, до яких він відносить злочини, склади яких передбачені статтями 191, 364²⁶⁸, 368, 372, 375 та 423 КК; 2) умовно корупційні злочини, до яких належать злочини, склади яких

²⁶⁶ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 29-30; Горпинюк О.П. Деякі шляхи вдосконалення кримінально-правових норм про корупційні злочини та інші посягання, пов'язані зі службовим зловживанням. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2. С. 277; Трепак В. Законодавче визначення поняття «корупційне правопорушення» як потенційне джерело колізій: проблемні питання теорії та практики. *Юридична наука*. 2016. № 3 4. С. 53, 55; Якімова С.В. Окремі проблемні аспекти реалізації положень Закону України «Про запобігання корупції» в частині можливості притягнення до кримінальної відповідальності за прояви корупції у сфері реалізації виборчих прав. *Актуальні проблеми реалізації положень Закону України «Про запобігання корупції»*: тези доповідей регіонального круглого столу, м. Запоріжжя, 1-2 грудня 2017 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2017. С. 209-211.

²⁶⁷ Так, в юридичній літературі доведено, що порушення права на захист (ст. 374 КК) не можна зараховувати до корупційних злочинів через відсутність у цьому разі всіх ознак корупційного правопорушення, але вказане посягання є суміжним щодо корупційних злочинів і часто супроводжує останні (див.: Карпова Н.Ю. Зв'язок між порушенням права на захист та корупційними злочинами. *Актуальні проблеми реалізації положень Закону України «Про запобігання корупції»*: тези доповідей регіонального круглого столу, м. Запоріжжя, 1-2 грудня 2017 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2017. С. 75-77). Натомість постановленням суддею завідомо неправосудного рішення, вчинене з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах (ч. 2 ст. 375 КК), має визнаватись корупційним злочином (див.: Ярмиш Н.М. Чи є корупціонером корисливий суддя? *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Криминол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 223-225).

²⁶⁸ У відгуку М.І. Мельника як офіційного опонента на кандидатську дисертацію В.Я. Громка «Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України» констатується необґрунтованість звуження рамок кримінальної відповідальності за зловживання службовим становищем. За чинною редакцією ст. 364 КК склад цього злочину утворює лише умисне використання службового становища з метою одержання НВ для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. Попередня редакція ст. 364 КК не пов'язувала наявність складу передбаченого нею злочину з такою метою – остання була притаманна такому спеціальному виду службового зловживання, як одержання хабара. Це, крім іншого, призводить до існування невідповідної конкуренції норм, передбачених статтями 364 і 368 КК, що ускладнює кваліфікацію вчиненого службовою особою.

передбачені статтями 157-162, 206, 210, 211, 343, 365, 366, 370, 371, 373, 376, 382, 426 КК. Характерною особливістю цих злочинів є те, що їх вчинення не завжди супроводжується ознакою корупційності, що, як правило, пов'язано із законодавчим описанням ознак суб'єкта злочину (може вчинятися як службовими особами, так і не службовими особами) та суб'єктивної сторони злочину (для наявності складу злочину закон не вимагає корисливої мотивації чи іншої особистої зацікавленості); 3) злочини, які можуть бути віднесені до корупційних з огляду на безпосередній (інколи нерозривний) зв'язок з останніми, до яких можуть бути віднесені склади злочинів, передбачені статтями 198, 209, 255, 256, 369, 396 КК²⁶⁹.

Інколи вадою переліку, закріпленого у примітці ст. 45 КК, називають відсутність у ньому ст. 366-1 КК «Декларування недостовірної інформації»²⁷⁰. Видається, однак, що цьому злочину бракує всіх ознак корупційного правопорушення, вказаних у ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., а тому більш виваженою є позиція тих дослідників (М.І. Хавронюк, Д.Г. Михайленко та ін.), які декларування недостовірної декларації відносять до злочинів, пов'язаних із корупцією²⁷¹.

²⁶⁹ Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. Київ: Юридична думка, 2004. С. 134.

²⁷⁰ Мезенцева І. Шляхи удосконалення кримінального законодавства України щодо протидії корупційним злочинам. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4/2. С. 93, 96.

²⁷¹ У відгуку Н.О. Гуторової як офіційного опонента на кандидатську дисертацію А.В. Боровика «Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини» безпідставність надання *de lege ferenda* декларуванню недостовірної інформації статусу корупційного злочину аргументується двома обставинами: 1) з аналізу судових вироків випливає, що в переважній більшості випадків особи, які були визнані винними у вчиненні декларування недостовірної інформації, не подали декларацію через недостатнє володіння комп'ютерною технікою, власну забудькуватість тощо; 2) суб'єктами вказаного злочину визнавались особи, звільнені з посад, що не належать до вищої або середньої ланки державних службовців (дільничні інспектори поліції, пожежники тощо). Наведені контраргументи видаються не зовсім вдалими: перший породжує питання про умисність такої пасивної поведінки, як неподання декларації, а отже, про наявність складу відповідного злочину, а другий не бере уваги той факт, що корупціонерами можуть бути й не високопоставлені суб'єкти.

Зазначається стосується і легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК)²⁷², при тому, що ця кримінально-правова заборона є складовою (елементом) завершального рубежу правової протидії корупційним злочинам. Відмічена обставина підтверджується і міжнародно-правовими документами. Так, ст. 23 Конвенції ООН проти корупції вказує на обов'язок держав визнавати злочином певні діяння, які розцінюються як відмивання, орієнтуючи при цьому на найширше коло предикатних злочинів і водночас закріплюючи право держав не встановлювати кримінальну відповідальність за відмивання для осіб, які вчинили предикатні (основні) злочини²⁷³. Ст. 13 Кримінальної конвенції проти корупції, присвячена безпосередньо відмиванню доходів, отриманих від злочинів, пов'язаних із корупцією, відображаючи тісний зв'язок між корупцією і відмиванням, зобов'язує держави запровадити у своєму національному законодавстві кримінальну відповідальність за дії, вказані у пунктах 1 і 2 ст. 6 Страсбурзької конвенції, – якщо: а) предикатний злочин є одним із злочинів, визначених у статтях 2-12 Конвенції (йдеться про прояви хабарництва і зловживання впливом), і б) держава не зробила застереження чи заяви стосовно цих злочинів або не вважає такі злочини тяжкими з огляду на законодавство про відмивання. Відповідних застережень і заяв у Законі України від

²⁷² У заданому відгуку Н.О. Гуторової з приводу безпідставності віднесення цього злочину до числа корупційних слушно зазначається, що відмивання не обмежується єдиним способом його вчинення – зловживанням службовою особою своїм службовим становищем, а суб'єкт цього злочину може бути загальним.

²⁷³ Корумповані службові особи можуть скористатися плодами своєї незаконної діяльності тільки за умови приховування походження своїх коштів. Як правило, операції з відмивання мають три стадії: введення доходів у фінансову систему (впровадження); участь у різних операціях, покликаних дистанціювати доходи від їхнього джерела й утруднити їхнє відстеження (розподіл); включення коштів у законний економічний обіг шляхом здійснення легітимних операцій (інтеграція) (див.: Руководство для законодательных органов по осуществлению Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции. Второе исправленное и дополненное издание, 2012 год. С. 49. URL: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_R.pdf (дата звернення: 10.02.2019).

18 жовтня 2006 р. «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» не зроблено, а КК (при дотриманні умов, зазначених у п. 1 примітки ст. 209 КК) дозволяє визнавати корупційні злочини предикатними діяннями²⁷⁴.

Проблему визначення в КК переліку злочинів, які лише за певних умов можуть визнаватись корупційними (йдеться злочини, в яких ознаки корупції є факультативними), можна розв'язати шляхом включення після наведення статей КК про «умовно корупційні» («обмежено корупційні») злочини відсилки до ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., де містяться уточнені дефініції понять «корупційне правопорушення» і «корупція». Лише при встановленні та належному процесуальному закріпленні ознак корупції вказані злочини бути визнані корупційними з усіма наслідками, що з цього випливають. За такого варіанту вдосконалення КК не буде потреби в ініційованих В.М. Киричком змінах КПК України, які «за своїм змістом регулювали б вирішення питання про визнання конкретного діяння корупційним у всіх випадках його вчинення і забезпечували захист будь-якої особи від безпідставного звинувачення у вчиненні такого діяння»²⁷⁵.

Схожу позицію обстоює В.І. Осадчий, який, виходячи з неможливості навести в КК вичерпний перелік корупційних злочинів, висловлюється за те, щоб включити в КК лише визначення поняття корупційного злочину, а в КПК закріпити обов'язок слідчого і суду встановлювати, чи підпадає

²⁷⁴ Корупційні діяння фігурують серед основних правопорушень, пов'язаних з відмиванням, і в п. 14 Преамбули Директиви (ЄС) 2015/849 Європейського Парламенту та Ради про запобігання використанню фінансової системи для відмивання доходів та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС, від 20.05.2015. URL: [http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20\(EU\)%202015_UA.htm](http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm) (дата звернення: 10.02.2019).

²⁷⁵ Киричко В.М. Зазначена праця. С. 16, 27.

конкретне діяння під ознаки корупційного злочину²⁷⁶. З урахуванням серйозності тих негативних кримінально-правових наслідків, які мають наставати у випадку вчинення корупційного злочину, і необхідності забезпечення однаковості правозастосовної діяльності викладену позицію підтримати складно. Врешті-решт законодавець має достатні ресурси (сподіваюсь і мудрість) для того, щоб здійснити якісний моніторинг Особливої частини КК з метою виокремлення корупційних злочинів різних видів і, відповідно, не покладати цілковито на розсуд правозастосувача вирішення питання про встановлення в конкретному посяганні корупційної складової²⁷⁷.

Особа, якій повідомлено про підозру у вчиненні нею злочину у сфері службової діяльності, підлягає відстороненню від виконання повноважень на посаді в порядку, визначеному законом (абз. 1 ч. 5 ст. 65 Закону від 14 жовтня 2014 р.). Наведена норма всупереч спрямованості цього Закону вказує на будь-який злочин у сфері службової діяльності, а це може бути і не корупційний злочин або злочин, пов'язаний з корупцією (наприклад, карана за ст. 367 КК служба недбалість). З іншого боку, зазначена норма чомусь не згадує такі, що можуть бути складовою корупційної злочинності, злочини осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

²⁷⁶ Осадчий В.І. Зазначена праця. С. 25. Ця думка імпонує Н.М. Ярмиш (див.: Ярмиш Н.М. Чи є корупціонером корисливий суддя? *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 225).

²⁷⁷ Зайвим підтвердження необхідності таких законодавчих зусиль слугує та обставина, що в юридичній літературі зустрічаються спроби безмежно розширити перелік корупційних злочинів, включивши в нього, серед іншого, навіть каране за статтями 212, 212-1 КК ухилення від сплати податкових і соціальних внесків (див.: Боровик В.А., Мезенцева І.Є. Протидія корупційній злочинності: підручник. Луцьк: СПД Гадак Ж. друкарня «Волиньполіграф», 2018. С. 297, 298), а також передбачене ст. 222-1 КК маніпулювання на фондовому ринку (див.: Красій М.О. Підслідність корупційних злочинів: основні положення КК та КПК України. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю». 9-10 грудня 2016 р. Івано-Франківськ, 2017. С. 295).

В юридичній літературі інколи зустрічаються вельми оригінальні пропозиції, спрямовані на розширення кола корупційних злочинів. Так, О.Ю. Бусол висловились за доповнення розділу XVII Особливої частини КК статтею 366-2, у першій частині якої йдеться про умисне створення службовою особою нормативно-правового акта, який містить корупціогенні фактори²⁷⁸. Диспозиція пропонованої норми КК містить низку ознак, установлення змісту яких може викликати істотні труднощі в правозастосовній діяльності. Перш за все, не зовсім зрозуміло, що означає словосполучення «створення нормативно-правового акта». Так, у законодавчому процесі є робочі групи або колективи авторів, які готують текст законопроекту; є суб'єкти законодавчої ініціативи, які вносять текст законопроекту на розгляд Верховної Ради України; є парламент, який простою або конституційною більшістю голосів ухвалює той чи інший законопроект; є нарешті голова Верховної Ради України та Президент України, які підписують текст «проголосованого» закону. Виходить, що всі зазначені особи беруть участь у «створенні» нормативно-правового акта вищої юридичної сили. Хто ж зі згаданих осіб нестиме кримінальну відповідальність за створення неналежного (такого, що містить корупціогенні чинники) законодавчого акта? Попри те, що поняття і види корупціогенних факторів закріплені на нормативному рівні, вони носять доволі умовний характер. Крім того, в диспозиції проєктованої кримінально-правової норми не враховано ту обставину, що корупціогенні фактори є різними за змістом; не конкретизоване і те, скільки корупціогенних факторів має бути «закладено» в нормативно-правовому акті для наявності складу відповідного злочину та який вид нормативно-правового акта мається на увазі. Крім цього, О.Ю. Бусол запропонувала розширити перелік

²⁷⁸ Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2015. С. 27-28.

корупціогенних факторів, визначених у Методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, включивши у нього фактори, які встановлюють для правозастосувача необґрунтовано широкі межі угляду або можливість необґрунтованого виключення із загальних правил, та фактори, які містять невизначені, важко виконувані та (або) обтяжуючі вимоги до громадських організацій²⁷⁹. Виходить, що корупціогенний фактор може бути встановлений, наприклад, у законі про внесення змін до КК, яким передбачено збільшення розриву між нижньою та верхньою межами санкції статті КК або закріплення в санкції статті Особливої частини КК замість одного декількох основних (альтернативних покарань). Адже в такому разі можуть істотно збільшитись межі суддівського розсуду при призначенні покарання.

3.2. Суб'єктний склад корупційних злочинів: дискусійні аспекти

Ідея диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах, втілена в КК, розроблялась у вітчизняній кримінально-правовій доктрині тривалий час (щонайменше з першої половини 90-х рр. ХХ століття). Виникнення цієї наукової ідеї, яка могла розцінюватись як прояв ліберального підходу до вирішення кримінально-правових проблем, обумовленого перебуванням у стані ейфорії («ринок все розставить на свої місця»), стало реакцією на роздержавлення економіки. Вважається, що відображений у КК диференційований підхід щодо кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і приватній сферах, враховує

²⁷⁹ Бусол О.Ю. Зазначена праця. С. 16.

різницю у суспільній небезпеці діянь, ґрунтується на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу) і досвіді країн із розвинутою ринковою економікою, враховує положення відповідних міжнародно-правових документів²⁸⁰. Щоправда, законодавчо закріплений варіант диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах одностайної підтримки з боку науковців не знайшов і навряд чи може вважатись досконалим.

Так, П.П. Андрушко вказував на невиправданість виокремлення складів злочинів, в яких суб'єктом названо службову особу юридичної особи приватного права, оскільки відповідальність за вчинення нею злочинних діянь передбачається статтями 364, 365, 368 КК. Якщо законодавець мав на меті підвищити (посилити) відповідальність за вчинення зазначених діянь «публічними» посадовими особами (представниками влади), то достатньо було суб'єктами злочинів, склади яких передбачені частинами першими статей 364, 365, 368 КК, визнати службових осіб юридичних осіб приватного права, одночасно доповнивши ці статті частинами другими, в яких передбачити підвищену (більш сувору) відповідальність за вчинення діянь, вчинених представниками влади. При цьому для науковця безспірним є те, що корупційні злочини, вчинювані державними службовими особами, є більш суспільно небезпечними, ніж аналогічні корупційні злочини службових осіб юридичних осіб приватного права²⁸¹.

²⁸⁰ Докладніше про це див.: Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 30-46.

Ратифікована 16 вересня 2014 р. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої, містить зобов'язання щодо спрямування спільних зусиль на вирішення проблем корупції як у приватному, так і в державному секторах (ст. 22).

²⁸¹ Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. С. 28, 59.

Як бачимо, П.П. Андрушко не відкидає доцільність диференціації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності залежно від суб'єкта, однак обстоює інший (порівняно з відображеним у КК) варіант такої диференціації. Подібну думку висловлює М.І. Хавронюк, який називає ст. 364-1 КК (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права) і ст. 365-2 КК (зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги) зайвими. Стверджується, що у разі відсутності цих норм КК згадані в них особи могли б нести відповідальність за ст. 364 КК, а їхню незначну відмінність від статусу від службових осіб, визначених у пунктах 1 і 2 примітки ст. 364 КК, можна було б врахувати при застосуванні санкцій ст. 364 КК, які передбачають альтернативні покарання з вельми широкими межами²⁸².

Інші дослідники, підтримуючи встановлення менш суворих санкцій за злочини службових осіб юридичних осіб приватного права, називають оптимальним закріплений у КК підхід до диференціації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності на тій підставі, що не можна прирівнювати суспільну небезпеку злочину у сфері службової діяльності, вчиненого, наприклад, представником державної влади чи органу місцевого самоврядування та службовою особою приватної компанії. Водночас називається безспірною відсутність подібної диференціації

²⁸² Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019).

Варто уточнити, що осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, немає підстав визнавати службовими особами у кримінально-правовому сенсі. Цікаво, що на інших сторінках згаданого документа М.І. Хавронюк висловлюється вже за вдосконалення ст. 365-2 КК у напрямі подолання конкуренції між цією статтею і ст. 364 КК.

кримінальної відповідальності, зокрема, за службове підроблення і службову недбалість²⁸³.

Оцінивши у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Я.В. Ризак «Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права» законодавчий поділ корупційної сфери на два сектори – державний (публічний) та приватний як не зовсім вдалий та не особливо результативний, М.І. Мельник фактично визнає доцільність такого поділу, коли пише, що в приватній сфері антикорупційні заходи не можуть бути «драконівськими» і повинні відрізнятись від тих заходів, які застосовуються в державній сфері.

Підхід законодавця, який при встановленні кримінальної відповідальності службових осіб юридичних осіб приватного права пішов шляхом «прив'язування» об'єктивних ознак найбільш розповсюджених службових злочинів до ознак певного спеціального суб'єкта, А.С. Нерсесян називає сумнівним на тій підставі, що природа повноважень і можливостей службовця юридичної особи приватного права є відмінною від аналогічних повноважень особи, яка перебуває на публічній (державній чи муніципальній) службі²⁸⁴. Поділяючи положення про відмінність у концептуальних підходах, на яких має ґрунтуватись кримінальна відповідальність за службові злочини в публічній і приватній сферах, вимушений констатувати, що точка зору А.С. Нерсесяна виглядає незавершеною і навряд чи конструктивною, бо залишає без відповіді питання, якою має бути роль кримінального закону в протидії службовим

²⁸³ 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. Харків: Право, 2011. С. 30-35, с. 191-192.

²⁸⁴ Нерсесян А. С. Службова злочинність у приватній сфері за кримінальним законодавством України. *Кримінальний кодекс України 2001 р.*: проблеми застосування і перспективи удосконалення: тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 21-22 вересня 2012 р. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. С. 387, 390.

правопорушенням у приватній сфері та який вигляд повинні мати відповідні кримінально-правові норми (інакше кажучи, наскільки схожими вони мають бути з нормами про кримінальну відповідальність за «традиційні» службові злочини).

Однією з вад неодноразово оновлюваного антикорупційного законодавства є відсутність у ньому визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права» і відсутність посилянь на цього суб'єкта в загальному визначенні поняття «службова особа», яке міститься в ст. 18 КК. Очевидно, що з урахуванням визначень службової особи, наведених у ч. 3 ст. 18 КК і п. 1 примітки ст. 364 КК службовими особами юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми слід визнавати осіб, які займають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, на підприємствах, в установах чи організаціях, які не є державними чи комунальними або прирівняними до останніх.

На сьогодні можна досить однозначно стверджувати, що фізичні особи-підприємці не повинні нести відповідальність за ст. 364-1 і ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, оскільки в назвах і диспозиціях цих норм фігурують службові особи юридичних осіб приватного права, а згадані підприємці займаються своєю діяльністю в організаційно-правовій формі, яка не передбачає створення юридичної особи. Ті ж фізичні особи-підприємці, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, можуть нести відмінну від відповідальності службових осіб відповідальність за ст. 365-2 і ст. 368-4 КК. Водночас питання про відповідальність фізичних осіб-підприємців у межах розділу XVII Особливої частини КК може поставати в контексті злочинів, передбачених статтями 366, 367, 370 КК. Річ у тім, що згідно з визначенням, закріпленим у ч. 3 ст. 18 КК, службовими є також особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські

функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється, серед іншого, судом або законом. Вважаю, що законами, які надають фізичним особам-підприємцям повноваження виконувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, є положення цивільного, господарського і трудового законодавства, на підставі яких ці особи керують найманими працівниками та розпоряджаються майном (ввіреним або належним їм на праві власності).

Із тим, що фізичних осіб-підприємців, які мають у підпорядкуванні найманих працівників, слід визнавати службовими особами, спроможними нести відповідальність, зокрема, за службову недбалість, погоджується С.В. Рак²⁸⁵. Водночас його пропозиція задля уточнення кримінально-правового статусу фізичної особи-підприємця вказати у ч. 3 ст. 18 КК на суб'єкта господарювання (замість підприємства, установи, організації) сприймається неоднозначно. З одного боку, підприємства, установи та організації охоплюються поняттям «юридична особа», а сучасне цивільне та господарське законодавство, відійшовши від згаданої морально застарілої тріади, використовує такі терміни, як фізична особа, юридична особа, суб'єкт господарювання тощо. З іншого, навряд чи всі без винятку юридичні особи публічного і приватного права, обіймання певних посад на яких згідно з ч. 3 ст. 18 КК слугує підставою для визнання осіб службовими, можуть бути віднесені до суб'єктів господарювання.

Д.М. Горбачов виокремлює три різновиди спеціальних суб'єктів злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: 1) службові особи державних органів та органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств та прирівняних до них юридичних осіб; 2) службові особи

²⁸⁵ Рак С.В. Службова особа як суб'єкт службової недбалості. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2018. Вип. 1. Т. 2. С. 86-87.

юридичних осіб приватного права; 3) особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Стверджується також, що в межах розділу XVII Особливої частини КК можна виокремити три групи злочинів, які відрізняються за суб'єктом вчинення злочину та сферою діяльності, при здійсненні якої може бути вчинене відповідне посягання²⁸⁶. Вважаю, що ці висловлювання потребують уточнення. По-перше, ще одним різновидом спеціальних суб'єктів злочинів у вказаній сфері є підстави визнати тих службових осіб, визначення поняття яких закріплено у ч. 3 ст. 18 КК. Маються на увазі службові особи, які задіяні в управлінській сфері без поділу її на публічну і приватну та які можуть нести відповідальність за вчинення злочинів, передбачених статтями 366, 367, 370 КК. До речі, Д.М. Горбачов поряд із злочинами, вчинюваними службовими особами юридичних осіб публічного права (статті 364, 365, 368 КК тощо), і злочинами, вчинюваними службовими особами юридичних осіб приватного права (статті 364-1, 368-3 КК), слушно виокремлює злочини, що вчиняються службовими особами у розумінні ст. 18 КК²⁸⁷. По-друге, у межах розділу XVII Особливої частини КК можна виділити ще одну (четверту) групу злочинів, яку утворюють посягання, вказані в цьому розділі і вчинювані загальними суб'єктами.

Постановою Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) скасовано ухвалу ВССУ, а кримінальну справу щодо Г. направлено на новий судовий розгляд. ВСУ визнав неправильною перекваліфікацію з ч. 2 ст. 366 на ч. 1 ст. 358 КК дій Г., який, обіймаючи посаду директора ТОВ, підробив довідку про доходи із зазначенням у ній завідомо

²⁸⁶ Горбачов Д.М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 46-47, 111, 188.

²⁸⁷ Горбачов Д.М. Зазначена праця. С. 62.

неправдивих відомостей про заробітну плату. При цьому ВСУ виходив з того, що у ч. 3 ст. 18 КК дається визначення поняття «службова особа», яке має загальний характер і стосується всіх статей Особливої частини КК, за винятком тих, для яких закон передбачає окреме визначення. Службова особа юридичної особи приватного права може бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 366 КК, оскільки підпадає під визначення службової особи, закріплене у ч. 3 ст. 18 КК²⁸⁸.

З п. 1 примітки ст. 364 КК випливає, що до службових осіб юридичних осіб приватного права мають бути віднесені, зокрема, особи, котрі займають відповідні посади на підприємствах, у статутному фонді яких державна чи комунальна частка не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність таких підприємств²⁸⁹. Виходить, що у КК законодавець суперечить положенням Цивільного кодексу України (ЦК), визнаючи додатковим критерієм поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного і публічного права форму власності (частку держави чи територіальної громади у статутному фонді певної юридичної особи).

²⁸⁸ Рішення Верховного Суду України. 2013. Вип. 2 (27). С. 77-81.

²⁸⁹ Критикуючи включення цього положення до КК, П.П. Андрушко зазначає, що зазначені юридичні особи є юридичними особами приватного права. Службові особи таких осіб повинні нести відповідальність за такі ж діяння, що і службові особи юридичних осіб публічного права, тільки за іншими нормами КК – ст. ст. 364-1, 368-3. Крім того, основною ідеєю законодавця щодо криміналізації діянь службових осіб є диференціація кримінальної відповідальності залежно від правового статусу службової особи та організаційно-правової форми юридичної особи, а зазначене положення нівелює принцип такої диференціації (див.: Андрушко П.П. До початку футбольного матчу залишалося півтори години... (Аналіз окремих норм (положень) проекту Закону «Про засади запобігання і протидії корупції»). *Юридичний вісник України*. 2011. 14-20 трав. (№ 20)).

Аналізуючи попередні антикорупційні зміни до КК, В.І. Тютюгін слушно зазначав, що форма власності, на підставі якої створені і функціонують юридичні особи, відіграє значну роль у віднесенні їх до юридичних осіб або публічного, або приватного права. Проте у ст. 81 і ст. 87 ЦК при розмежуванні цих різновидів юридичних осіб наголос робиться не на форму власності, а на порядок (спосіб) створення цих юридичних осіб (див.: Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення? *Юридичний вісник України*. 2010. 30 січ. – 5 лют. (№ 5)).

Для того, щоб забезпечити належну кримінально-правову охорону майна, Д.М. Горбачов ініціює перегляд абз. 2 п. 1 примітки ст. 364 КК, пропонуючи викласти це законодавче положення в такій редакції: «Для цілей статей 364, 365, 368, 368-2, 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств прирівнюються юридичні особи, у статутному фондї яких є державна чи комунальна частка»²⁹⁰. Однак кримінально-правові норми про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності покликані забезпечувати не охорону майна, а належне здійснення своєї діяльності службовими особами. Добре це чи ні, але законодавець у КК прагне диференціювати відповідальність за службові злочини в публічній і приватній сферах, і критиковане Д.М. Горбачовим положення про прирівняні юридичні особи – допоміжний важіль такої диференціації. Тому чинна редакція абз. 2 п. 1 примітки ст. 364 КК виглядає більш виваженою порівняно з формулюванням цієї норми, яке висуває Д.М. Горбачов.

Варто додати, що визнання державного комерційного підприємства суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 74 Господарського кодексу України) при тому, що за закріпленою у ЦК класифікацією юридичних осіб вказане підприємство належить до юридичних осіб публічного права, засвідчує, що виокремлення на рівні суб'єктів господарювання сфер публічного та непублічного управління позбавлене однозначності. Сказане спонукає висловити думку про те, що у вдосконаленому визначенні «публічної» службової особи повинні фігурувати не будь-які державні підприємства, а лише казенні підприємства.

Звернення до цивілістичної літератури (праці С.О. Іванова, І.М. Кучеренко, Р.А. Майданика та ін.) дозволяє стверджувати, що закріплений у ЦК поділ юридичних осіб на два види (публічного і приватного права) не має необхідної наукової

²⁹⁰ Горбачов Д.М. Зазначена праця. С. 9, 50-51, 191.

аргументації. Так, крім загальноприйнятих юридичних осіб публічного права, виділяються юридичні особи приватного права з делегованими публічними функціями. Критерієм класифікації юридичних осіб на приватні та публічні (замість способу створення) пропонується визнавати мету їх утворення (виконання або невиконання на постійній основі публічних завдань). Обґрунтовується також положення про неможливість визнання статусу юридичних осіб публічного права за державними та комунальними підприємствами (крім тих, яким майно належить на праві оперативного управління). Викладене наводить на думку про невдалість закріпленого в ЦК розмежування юридичних осіб на публічні та приватні лише за способом їх створення при тому, що таке розмежування безпосередньо впливає на кримінальну відповідальність за службові злочини. Як бачимо, обраний законодавцем критерій для втілення ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення різних управлінців не є безспірним.

З метою вдосконалення диференціації правового регулювання протидії корупції в публічному і приватному секторах управління Д.Г. Михайленко пропонує викласти п. 1 примітки ст. 364 КК (норма, яка закріплює визначення поняття «публічної» службової особи) в такій редакції: «Службовими особами в статтях 364, 368, 368-2, 369 цього Кодексу є особи, які на правовій підставі здійснюють функції представників влади чи в органах державної влади або органах місцевого самоврядування організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції»²⁹¹. В обґрунтування своєї пропозиції дослідник пише, що «службові особи підприємств, які: 1) знаходяться в державній чи муніципальній власності; 2) створені державою або органами муніципальної влади; 3) метою

²⁹¹ Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. С. 22, 133, 484, 499.

яких є здійснення лише підприємницької діяльності, у контексті застосування Закону України «Про запобігання корупції», КУпАП і КК України, не можуть визнаватися такими, що належать до публічного сектору управління»²⁹².

Як і Д.Г. Михайленко, вважаю не зовсім вдалим критерій, використаний законодавцем для реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах (про це йшлося вище). Водночас приверну увагу до того, що обґрунтування, наведене згаданим автором на користь своєї пропозиції щодо більш чіткого розмежування в КК публічного і приватного секторів, стосується лише підприємств (причому, треба так розуміти, тільки суб'єктів підприємницької діяльності). При цьому сам Д.Г. Михайленко не сумнівається в тому, що посягання з боку публічних службовців призводять до послаблення не лише державної влади чи влади місцевого самоврядування, а й встановленого законодавством порядку здійснення публічних функцій в юридичних особах публічного права²⁹³. Якщо це так, то чому не повинні визнаватись «публічними» службовими особами ті, хто виконує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції в юридичних особах публічного права, відмінних від органів державної влади і місцевого самоврядування, з одного боку, і від державних і комунальних підприємств – суб'єктів підприємництва, з іншого? Принаймні аргументів на користь того, що на таких службових осіб повинен розповсюджуватись кримінально-правовий режим протидії корупції в приватному секторі управління, в науковій кваліфікаційній роботі Д.Г. Михайленка відшукати не вдалось.

Висловлю також думку про те, що викладення п. 1 примітки ст. 364 КК в аналізованій редакції, запропонованій

²⁹² Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 22, 133.

²⁹³ Там само. С. 364.

вказаним науковцем, у поєднанні з реалізацією інших, ініційованих ним законодавчих новел призведе до навряд чи виправданих прогалин у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції. Адже, наприклад, одержання НВ службовою особою юридичної особи, яка не є органом державної влади або місцевого самоврядування (якщо ця службова особа не є представником влади) за вчинення правомірного діяння по службі та (або) не в ході економічної діяльності (фінансова і комерційна діяльність, вочевидь, є різновидами економічної діяльності) не зможе бути кваліфіковане ні за ст. 368 КК (через відсутність суб'єкта), ні за ст. 368-3 КК (через відсутність об'єктивної сторони).

На думку Д.Г. Михайленка, юридичні особи, які не наділені публічними функціями, у контексті застосування антикорупційного законодавства України є юридичними особами не публічного права, а приватного права²⁹⁴. Дослідником, однак, не розкривається, які функції мають вважатись публічними в контексті застосування антикорупційного законодавства. Інакше кажучи, тут (за винятком визнання публічними функцій органів державної влади і місцевого самоврядування і, навпаки, невизнання публічними функцій, здійснюваних державними і комунальними підприємствами – суб'єктами підприємницької діяльності) спостерігається невизначеність, подібна до тієї, що має місце стосовно використаного в КК поняття «публічні послуги». Крім цього, викладена доктринальна позиція не знаходить належного відображення в законодавчих змінах, ініційованих Д.Г. Михайленком. Бо викладення в новій редакції п. 1 примітки ст. 364 КК, з якої випливає належність до суб'єктів публічних функцій органів державної влади і місцевого самоврядування, як видається, лише частково розв'язує проблему. Як наслідок, є цілком

²⁹⁴ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 132.

очевидною відповідь на питання, чим керуватиметься правозастосувач, визначаючи кримінально-правовий статус тієї чи іншої службової особи, – виваженою доктринальною позицією чи невдалим, але закріпленим у статтях 81, 87 ЦК критерієм поділу юридичних осіб на види. Звичайно, ЦК.

Переходячи до нюансів суб'єктного складу окремих корупційних злочинів, відзначу, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК²⁹⁵, є спеціальним. Йдеться про особу, яка є: а) працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або б) особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації (наприклад, юрисконсульт, бухгалтер, аудитор, консультант, торговельний агент). Поняття особи, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, визначено у п. 1 примітки ст. 354 КК. Під договором тут слід, вочевидь, розуміти лише цивільно-правовий договір, оскільки наявність трудового договору, укладеного з особою, означає віднесення її до числа працівників підприємства, установи чи організації. Працівниками з погляду кваліфікації за ст. 354 КК слід визнавати й осіб, які виконують трудові функції в органах державної влади або місцевого самоврядування.

Так, суб'єктом «пасивного» підкупу було визнано: головного спеціаліста відділу з питань містобудування, архітектури, екології та житлово-комунального господарства

²⁹⁵ Підкуп працівника підприємства, установи чи організації (особливо це стосується підкупу працівника юридичної особи приватного права) на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян як складову управлінських відносин не посягає. Формальне (примітка ст. 45 КК) і, головне, змістове надання злочину, передбаченому ст. 354 КК, статусу корупційного, ознаки складу якого значною мірою збігаються з ознаками відповідних складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, вказує на доцільність перенесення цієї заборони до розділу XVII Особливої частини КК. При цьому слід враховувати і те, що чинна редакція ст. 354 КК йде врозріз втіленій у чинному КК ідеї диференціації кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення в публічній і приватній сферах, а також не повною мірою узгоджується з процесуальною здійсненністю переслідування як одним із принципів криміналізації (через неможливість застосування оперативно-розшукових та негласних слідчих (розшукових) дій).

Чернігівської РДА²⁹⁶; головного спеціаліста відділу по роботі з Єдиним Державним демографічним реєстром управління з питань громадянства, паспортизації та реєстрації Головного управління Державної міграційної служби України у Львівській області²⁹⁷.

З одного боку, ст. 354 КК може розглядатись як результат виконання Україною міжнародноправових рекомендацій у частині криміналізації корупційної поведінки працівника, який не має статусу управлінця приватного сектору. Маються на увазі: статті 7, 8 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (встановлення кримінальної відповідальності за одержання хабара в приватному секторі не лише для особи, яка обіймає керівну посаду на приватному підприємстві, а і для особи, яка працює на такому підприємстві в будь-якій якості, а також за давання хабара такій особі); ст. 21 Конвенції ООН проти корупції (визнання злочином вимагання або прийняття НВ як особою, яка керує роботою організації приватного сектору, так і тим, хто працює в такій організації на будь-якій посаді, а також обіцянки, пропозиції і надання НВ такій особі).

З іншого боку, ст. 354 КК є підстави розцінювати як прояв необґрунтованої криміналізації (принаймні в частині криміналізації одержання «неправомірної вигодиподяки» за правомірну поведінку)²⁹⁸. Тут доречно нагадати, що у 2014 р. парламентські експерти не погоджувались зі встановленням кримінальної відповідальності за пропозицію чи обіцянку

²⁹⁶ Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 4 травня 2018 р. Справа № 750/9497/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73789816> (дата звернення: 10.02.2019).

²⁹⁷ Вирок Галицького районного суду м. Львова від 3 травня 2018 р. Справа № 461/2196/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73837898> (дата звернення: 10.02.2019).

²⁹⁸ Водночас при застосуванні ст. 354 КК щодо надання «чайових» офіціанту, перукарю або таксисту, подяки лікарю за вдало проведену операцію та інших подібних життєвих ситуацій, слід враховувати, що наявність складів злочину, передбаченого цією статтею КК, пов'язується з НВ. Нею ж визнається не будь-яке майнове чи немайнове благо (останнє може набувати вигляду подарунку, вручення якого злочином не визнається).

НВ, а так само за надання і прийняття НВ працівником підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, який не є службовою особою. Зазначалось, що відповідні обмеження щодо отримання майнових та немайнових благ за «допомогою» своєї посади чинним антикорупційним законодавством передбачені виключно для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також прирівняних до них осіб, у зв'язку з чим поширення їх через норми КК на осіб, які в принципі не визнаються суб'єктами корупційних діянь, буде проявом надмірної криміналізації.

Критично оцінюючи чинну редакцію ст. 354 КК як саме прояв надмірної криміналізації та пропонуючи *de lege ferenda* відмовитись від цієї кримінально-правової заборони, Д.Г. Михайленко неодноразово стверджує, що неуправлінської корупції бути не може²⁹⁹. Водночас коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями у приватному секторі (ст. 364-1 КК) і «пасивний» підкуп у приватному секторі (ст. 368-3 КК), пропонується розширити за рахунок працівників юридичних осіб приватного права, які не є службовими особами, та інших осіб, які працюють на користь таких юридичних осіб. Але хіба зазначені діяння цих «нових старих» суб'єктів немає підстав розцінювати як прояви неуправлінської корупції?

У зв'язку з ініціативою Д.Г. Михайленка виключити з КК ст. 354 хотів би зазначити, що на сьогодні ця норма дозволяє давати кримінально-правову оцінку випадками одержання НВ викладачами, лікарями та іншими подібними професіоналами, які можуть й не бути працівниками юридичних осіб приватного права (останні за певних обставин зможуть нести відповідальність за «пасивний» підкуп у приватному

²⁹⁹ Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. С. 127, 364.

секторі за ст. 368-3 КК, викладеною в редакції, запропонованій Д.Г. Михайленком). Відтак загалом зрозуміле бажання позбутись ст. 354 КК, вочевидь, здатне призвести до прогалини у кримінально-правовому забезпеченні протидії корупції.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 354 КК, відзначу, що фізична особа-підприємець (далі – ФОП) не є підприємством, а тому особа, яка уклала трудовий договір з ФОПом, не належить до суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) цієї статті КК. Сказане стосується й того, хто уклав трудовий договір з таким роботодавцем, як фізична особа, котра не є ФОПом. Відповідно, особою, на яку спрямовано дії суб'єкта караного за ч. 1 (ч. 2) ст. 354 КК «активного» підкупу, не може визнаватись ні сам ФОП, ні його працівник, ні працівник фізичної особи, яка не є підприємцем.

Тому помилковим слід визнати засудження за ч. 1 ст. 354 КК особи, яка надала 1500 грн. ФОПу за видачу довідки з неправдивими відомостями про її перебування у трудових відносинах з цим ФОПом³⁰⁰.

Суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК, слід визнавати, наприклад: лікаря, який ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію; викладача, який навчає, виховує, передає знання і контролює їх засвоєння.

Альтернативний доктринальний підхід до визначення кримінально-правового статусу згаданих професіоналів полягає в тому, щоб особами, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, визнавати, зокрема: а) медичних працівників, які виконують професійні функції. Водночас акушерів, медичних сестер, лаборантів, інструкторів, технічних службовців (медичний реєстратор, сестра-господиня) пропонується відносити до осіб, які мають нести

³⁰⁰ Вирок Новописковського районного суду Луганської області від 12 лютого 2018 р. Справа № 420/153/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72145888> (дата звернення: 10.02.2019).

відповідальність за ч. 3 ст. 354 КК; б) осіб, які надають освітні послуги. До професіоналів у сфері надання освітніх послуг належать вихователі, вчителі, викладачі (доценти, професори, викладачі, асистенти), інспектори, інспектори-методисти, наукові співробітники тощо. У межах цього підходу не ст. 354, а ст. 368-4 КК пропонується інкримінувати, наприклад, лікарям-наркологам, які одержують НВ за видачу довідок та інші зловживання³⁰¹.

За такою ознакою, як суб'єкт, каране за ст. 354 КК прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання НВ треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених статтями 368, 3683, 3684 КК.

Зокрема, із системного тлумачення КК випливає, що за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 можуть нести відповідальність особи, які виконують різного роду професійні обов'язки, не надаючи, однак, публічних послуг. У разі визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 3684 КК, особи, прямо не віднесеної у цій нормі до числа тих, хто надає публічні послуги, таке рішення правозастосувача має аргументуватися в процесуальних документах. Для цього необхідно аналізувати положення тих нормативно-правових актів, які визначають правовий статус певної особи. При цьому зворот «іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», використаний у ч. 3 ст. 368-4 КК, пропонує тлумачити обмежувально. Адже поняттю «публічні послуги» притаманна законодавча невизначеність, а згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» віднесення інших

³⁰¹ Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 161, 162; Ярмаш Н. Причини поширених помилок при застосуванні статті 354 Кримінального кодексу України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 3. С. 84-85; Методичні рекомендації щодо участі прокурора у судовому кримінальному провадженні про злочини у сфері службової діяльності в суді першої інстанції. Схвалено на засіданні науково-методичної ради Генеральної прокуратури України (протокол № 5 від 26 червня 2017 р.). С. 13.

осіб (крім аудиторів, нотаріусів, приватних виконавців, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих, незалежних посередників, членів трудового арбітражу, третейських суддів під час виконання ними цих функцій) до тих, хто надає публічні послуги, має бути визначено законом. Звідси впливає негативна відповідь на питання про віднесення до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, наприклад, лікарів під час оформлення ними листків тимчасової непрацездатності і викладачів при прийнятті ними заліків та екзаменів (хоч відповідні результати професійної діяльності таких осіб фіксуються в офіційних документах і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин). За наявності підстав вказані професіонали, повторю, можуть нести відповідальність за ст. 354 КК³⁰².

Традиційно у судовій практиці суб'єктом караного за ст. 368 чинного КК (ст. 168 попереднього КК) одержання хабара (наразі НВ) визнавались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю й включає в себе виконання не лише професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру (це, зокрема: лікарі – в разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій). Фактично тут йшлося про окремий випадок виконання організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлін-

³⁰² Так, за ч. 4 ст 354 КК засуджено ортопеда Львівської обласної дитячої лікарні «ОХМАТДИТ» П., який вимагав від матері дитини 250 доларів за видачу консультативного висновку спеціаліста, необхідного для отримання дитиною інвалідності та відповідної соціальної допомоги, а після отримання грошей видав матері дитини необхідну довідку за своїм підписом (див.: Ортопеда львівського «ОХМАТДИТу» оштрафували на 13 тис. грн за хабар у \$250. URL: https://zaxid.net/ortopeda_lvivskogo_ohmatditu_oshtrafuvali_na_13_tis_grn_za_habar_u_250_n143524 (дата звернення: 10.02.2019).

ням підлеглими працівниками³⁰³. Вважалось, що в цих ситуаціях особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків³⁰⁴.

З урахуванням етимології слова «організаційно-розпорядчий»³⁰⁵, імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також змісту вдосконалених статей 354, 358 КК, які дозволяють давати кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів, подібне поширювальне тлумачення поняття «організаційно-розпорядчі функції» вважаю неприйнятним. Відповідно, вказані функції пропонується зводити тільки до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи (такий висновок відображено, зокрема, у постанові Судової палати у

³⁰³ Інколи під організаційно-розпорядчими розуміються не лише «внутрішньо-службові» повноваження з управлінням підлеглими (колективом, галуззю, органом, установою), а й повноваження із наділення інших осіб, включаючи юридичних, правами та обов'язками, а так само зі зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення (див.: Бриліантов А., Яни П. Должностное лицо: организационно-распорядительные функции. *Законность*. 2010. № 6. С. 12, 14).

³⁰⁴ Так, С. Стрельцов і В. Шевчук висловились за визнання науково-педагогічного працівника вищого навчального закладу службовою особою – суб'єктом одержання хабара (ст. 368 КК) у тих випадках, коли цей працівник, реалізуючи надане йому право на прийняття заліку, іспиту, курсової роботи, звіту про проходження практики чи проведення інших форм та видів заліково-організаційного контролю, здійснює діяння, які мають конкретні юридичні наслідки або породжують конкретні юридичні факти (переведення студента на наступний курс, отримання стипендії, переведення з контрактної форми навчання на бюджетну тощо). У таких випадках науково-педагогічний працівник реалізує право розпоряджатись правами інших суб'єктів навчально-педагогічних відносин – осіб, які навчаються у виші, а тому виконує організаційно-розпорядчі функції, набуваючи ознак службової особи (див.: Стрельцов С., Шевчук В. Корупція в освіті. *Юридичний вісник України*. 2012. 3-9 берез. (№ 9)).

³⁰⁵ Зміст організаційно-розпорядчих функцій як змістовної характеристики кримінально-правового поняття службової особи в КК не розкривається. Якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чогонебудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а й діяти по відношенню до кого, чогонебудь на свій розсуд (див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 853, 1258). При цьому в КК слова «організаційний» і «розпорядчий» використовуються не відокремлено, а в поєднанні.

кримінальних справах ВСУ від 8 жовтня 2015 р. у справі № 5109кс15)³⁰⁶, а при визнанні тієї чи іншої особи службовою не повинен братись до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин.

Зокрема, допуск студента до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування з вишу тощо належить до повноважень не викладачаекзаменатора, а адміністрації вузу; оформлення ж різноманітних документів (поряд із лікуванням) включається в професійну діяльність лікаря. Якщо ж акцентувати увагу саме на юридичних наслідках службової діяльності, то виходить, що викладач, який за неправомірні вигоди не фіксує відсутність студентів, наприклад, на практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути не складання іспиту і відрахування з вишу.

При застосуванні ст. 354 КК слід брати до уваги й ту обставину, що ст. 368 КК не охоплюються випадки одержання НВ особою, яка визнається службовою, за виконання (невиконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру. Тому зроблене в ч. 3 ст. 354 КК негативне застереження «...який не є службовою особою» потребує уточнення. Адже можливі ситуації, коли службова особа при одержанні НВ виступає як професіонал (наприклад,

³⁰⁶ Організаційно-розпорядчі обов'язки виконують, зокрема, керівники підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідуючі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробі, бригадири тощо). Саме момент службової підлеглості є вирішальним для відмежування службових осіб від рядових працівників, на яких згідно з нормативними актами або вказівкою керівництва покладается виконання таких обов'язків, як координація трудових зусиль працівників на певній виробничій ділянці, проведення інструктажів, здійснення виробничого навчання (незвільнені бригадири, ланкові, старші груп тощо). Такі обов'язки позбавлені організаційно-розпорядчого характеру, а тому, незважаючи на деяку фактичну залежність, рядові працівники, виконуючи їх, не набувають якості службової особи.

головний лікар одержує НВ за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на іспиті). Ці і подібні дії таких суб'єктів, не дивлячись на їх належність до числа службових осіб, за наявності підстав, повинні кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК. Звернемось до матеріалів судової практики.

Головний спеціаліст – юрисконсульт відділу Держкомзему в м. Яремче, який одержав 2200 доларів США за виготовлення та видачу довідок про перелік обмежень на земельну ділянку і наявні земельні сервітути, був засуджений за ч. 1 ст. 368 КК. Розглядаючи справу за заявою захисника засудженої особи, в якій стверджувалось, що вона не була службовою особою (оскільки виконувала виключно технічну роботу з видачі довідок і не мала повноважень на самостійне прийняття рішення щодо видачі довідок), Судова палата у кримінальних справах ВСУ зазначила, що зайняття посади в органі державної влади недостатнє для визнання особи службовою. При цьому зі змісту посадової інструкції головного спеціаліста з юридичного та кадрового забезпечення відділу Держкомзему у м. Яремче не вбачається наявності владних повноважень в особи, яка займає таку посаду, оскільки вона не наділена повноваженнями давати вказівки та розпорядження, обов'язкові для виконання будь-якими громадянами чи установами. Отже, головний спеціаліст з юридичного та кадрового забезпечення відділу не мав статусу представника влади. Встановлено, що він не виконував також організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій. Відповідно, одержуючи гроші за дії у межах процедури видачі відповідних довідок, зазначений спеціаліст не був наділений владою і не використовував службового становища, у зв'язку з чим інкримінування йому як особі, яка не була службовою, ч. 1 ст. 368 КК визнано помилковим³⁰⁷.

³⁰⁷ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 8 жовтня 2015 р. у справі № 5-109кк15. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS150969.html (дата звернення: 10.02. 2019).

Визнаючи обґрунтованим засудження начальника юридичного відділу РДА за ст. 368 КК і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що останній одержав гроші як плату за роботу юриста з використанням спеціальних професійних знань (за виготовлення проектної документації та її оформлення), Судова палата у кримінальних справах ВСУ зазначила, що засуджений одержав хабар за використання своїх службових повноважень, а не плату за надання юридичних послуг. До кола службових повноважень начальника юридичного відділу належало погодження проектів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення³⁰⁸.

Подібний висновок Судова палата у кримінальних справах ВСУ зробила стосовно засудженого за ч. 3 ст. 368 КК головного державного інспектора з охорони праці відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Держгірпромнагляду у Запорізькій області. Засуджений в адресованій до ВСУ заяві стверджував, що відповідно до покладених на нього обов'язків, визначених посадовою інструкцією, при реєстрації технологічного транспортного засобу він виконував суто технічні функції з підготовки документів і не був наділений владою та не використовував службового становища. Спростовуючи цю заяву, ВСУ зазначив, що суспільний поділ праці, обумовлений складністю, різноманітністю та кількістю роботи, передбачає, що жодна особа не може виконувати у повному обсязі усіх функцій органу державної влади та контролю. Тому між працівниками існує розподіл обов'язків, який визначається з урахуванням займаної посади та фіксується у посадовій інструкції, наказах про розподіл обов'язків, інших локальних актах. Те, що конкретний

³⁰⁸ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі №528кк13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636) (дата звернення: 10.02. 2019).

працівник виконує лише частину функцій органу, не означає, що він не діє від імені та в інтересах цього органу, не представляє його у стосунках з фізичними та юридичними особами. Виходячи з проведеного аналізу відповідної посадової інструкції, ВСУ зробив висновок про те, що повноваження, якими засуджений був наділений у зв'язку із займаною посадою та які він реалізував при реєстрації технологічного транспортного засобу, вступивши у стосунки з хабародавцем, не зводились до суто технічних – таких, як отримання документів, передача їх на розгляд та видача. Засуджений інспектор змістовно вирішував питання про можливість надання дозволу, оцінював по суті та за формою надані матеріали і приймав щодо них рішення. Той факт, що свідоцтво про реєстрацію технологічного транспортного засобу підписувалось начальником територіального управління Держгірпромнагляду, не змінює оцінки статусу цієї особи як службової, а отже, її правильно засуджено за одержання хабара³⁰⁹.

Правильність викладеної позиції ВСУ, на думку К.П. Задої, викликає сумнів. У цій справі ВСУ: а) проігнорував необхідність розмежування технічних і владних функцій службовців, залучених до процедури реєстрації технологічних транспортних засобів як владно-управлінської діяльності; б) ототожнив конкретні посадові обов'язки (функції) фізичної особи з функціями державного органу, а виконання зазначених обов'язків (функцій) – із представництвом інтересів державного органу. Якщо керуватись тим, що виконання частини обсягу функції державного органу тотожне виконанню цієї функції загалом, то це означає, наприклад, що секретарка, яка друкує текст владного рішення службової особи, також повинна вважатись службовою особою. Така логіка є неприйнятною.

³⁰⁹ Постанова Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 травня 2016 р. у справі № 5-72кк15(16). URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/00105D93E8F90765C2257FC300428F45](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/00105D93E8F90765C2257FC300428F45) (дата звернення: 10.02. 2019).

Оскільки засуджений відповідно до посадової інструкції розглядав заяви та необхідні документи для реєстрації технологічних транспортних засобів, готував (складав) і подавав на розгляд начальника територіального управління проекти документів про реєстрацію, то такі його дії не можуть розглядатись як владно-управлінські, а отже, засуджений інспектор не був представником влади. Останнім повинен визнаватись начальник територіального управління Держгірпромнагляду, уповноважений ухвалювати владні рішення за підсумками процедури реєстрації технологічних транспортних засобів. Крім цього, вплив засудженого інспектора на начальника управління з метою прийняття останнім владного рішення за підсумками згаданої процедури не був обумовлений як владно-управлінськими, так і організаційно-розпорядчими й адміністративно-господарськими повноваженнями. Відповідно, засуджений не мав підлягати кримінальній відповідальності за одержання службовою особою хабара за виконання чи невиконання дій, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу³¹⁰.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, є спеціальним: це – службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми³¹¹. Словосполучення «незалежно від організаційно-правової форми» варто виключити зі статей 364-1, 368-3 КК, адже воно не виправдано загромаджує кримінально-правові заборони, не допомагаючи з'ясувати коло суб'єктів відповідних

³¹⁰ Задоя К.П. Суперечлива правова спадщина Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України. *Право і громадянське суспільство*. 2016. № 1. С. 59-63.

³¹¹ «... законодавець мав би бути послідовним. Визначивши у примітці до ст. 364 поняття службової особи для ст.ст. 364, 368, 368-2, 369 КК України, мав би визначити у примітці до ст. 364-1 КК України поняття службової особи юридичної особи приватного права для цілей ст.ст. 364-1, 368-3 КК України» (див.: Громко В.Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2015. С. 47).

злочинів. До того ж у цивілістиці питання про перелік і зміст організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права належить до числа дискусійних.

Для визначення поняття «юридична особа приватного права незалежно від організаційно-правової форми» необхідно звернутися до ст. 81 ЦК, відповідно до якої юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. ЦК встановлює порядок утворення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Такі юридичні особи створюються на підставі установчих документів – «за ініціативою приватних осіб на договірних засадах з метою участі у різноманітних цивільно-правових відносинах»³¹².

Застосування семантичного тлумачення дозволяє стверджувати, формулювання «службова особа юридичної особи приватного права» не охоплює осіб, які виконують організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, не займаючи відповідних посад³¹³. При цьому на практиці частими є випадки, коли, наприклад, загальні збори ТОВ уповноважують одного з учасників, який не перебуває в штаті товариства, укладати договори, підписувати фінансові документи, організувати податковий облік тощо, тобто здійснювати функції службової особи. Існує неузгодженість між загальним визначенням

³¹² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / за відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. Т. I. С. 136.

³¹³ Іншої точки зору дотримується Д.О. Сисоєв, який службовими особами юридичних осіб приватного права вважає у тому числі осіб, котрі виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом (див.: Сисоєв Д.О. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми: кримінально-правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. С. 121).

поняття службової особи (ч. 3 ст. 18 КК) і законодавчим зворотом «службова особа юридичної особи приватного права». Цей зворот суперечить і ч. 3 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», адже згідно з нею суб'єктами корупційного правопорушення, зокрема, можуть бути не лише особи, які обіймають посади, пов'язані з виконанням певних обов'язків, а й спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права.

Я.В. Ризак, слушно привертаючи увагу до вказаних вад, вважає за необхідне коло суб'єктів «пасивного» підкупу в приватному секторі (ч. 3 ст. 368-3 КК) розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи-підприємця на підставі трудового договору, виконують відповідні функції. Адже фізичні особи-підприємці є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб, у зв'язку з чим пов'язані з управлінням інтереси служби в таких осіб потребують належної кримінально-правової охорони. Зважаючи на викладене, суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК, дослідниця запропонувала позначити як «службову особу, крім тієї, що вказана у п. 1 примітки до ст. 364 КК України»³¹⁴.

Такий крок, попри незвичність наведеного формулювання, видається конструктивним. Варто лише уточнити, що мова в цьому разі повинна йти про службову особу, крім тієї, що вказана не лише в п. 1, а і в п. 2 примітки ст. 364 КК. Реалізація викладеної пропозиції, означаючи відмову від дискусійного в цивілістиці поділу юридичних осіб на осіб публічного і приватного права, дозволить точніше визначити коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за «пасивний» підкуп у приватному секторі. На користь згаданої доктринальної пропозиції наведу фрагмент із відгуку

³¹⁴ Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 217-220.

О.К. Маріна як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Д.О. Сисоєва «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми: кримінально-правова характеристика»: виходячи зі змісту положень ст. 18 і примітки ст. 364 КК, з використанням яких «вибудовується» поняття «службова особа юридичної особи приватного права», можна сконструювати ситуацію, в якій службова особа «нестиме» свою службу в юридичній особі, яка не віднесена ні до державних чи комунальних підприємств у розумінні КК, ні до юридичних осіб приватного права у розумінні ЦК. Така прогалина є результатом нетипового поєднання кримінально-правового розуміння юридичної особи з цивільно-правовим.

Учасники господарських товариств, які не займають у цих товариствах посад, пов'язаних із виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, службовими особами юридичних осіб приватного права не визнаються³¹⁵. Проте фізична особа, яка заснувала приватне підприємство (далі – ПП) і здійснює управління ним безпосередньо, є службовою особою юридичної особи приватного права. Адже керівник – власник підприємства керує працівниками, які перебувають у його службовій підлеглих, і виконує організаційно-розпорядчі функції, а майно підприємства відокремлене від майна його власника. Власник ПП, як і одноособовий засновник ТОВ, який одночасно є його керівником (виконавчим органом), не є власником належного такому підприємству (товариству) майна. Тому, здійснюючи дії з управління чи розпорядження майном такого підприємства (товариства), вказана особа виконує адміністративно-господарські

³¹⁵ Голосування з тих чи інших питань діяльності господарського товариства та інші подібні дії – це не служба. Тому учасники господарських товариств, які не входять до складу їх виконавчих органів, не можуть вчинити злочини проти інтересів служби (див.: Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 252).

функції. Водночас якщо ПП чи ТОВ, у якого один засновник, не має найманих працівників і господарська діяльність ним здійснюється безпосередньо його власником, який одночасно є його керівником (виконавчим органом), то в цій частині її діяльності така особа не виконує організаційно-розпорядчих функцій, а тому не повинна визнаватись службовою особою юридичної особи приватного права.

Однією із серйозних новел антикорупційного законодавства стало виокремлення в КК такої категорії суб'єктів, як особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання зазначених осіб (статті 365-2, 368-4 КК). Ці законодавчі зміни, крім іншого, спрямовані на те, щоб об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів злочинів (прирівняних до службових) тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки діяльності яких виникали суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні.

Наприклад, з урахування того, що діяльність нотаріуса (як державного, так і приватного) пов'язана з реалізацією повноважень на вчинення юридично значущих дій, здатних породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, а так само з видачею документів, які надають права або звільняють від обов'язків, окремі автори відносили нотаріусів до службових осіб. Траплялись випадки визнання нотаріусів службовими особами і в правозастосовній діяльності, коли слідчі і судді виходили з того, що нотаріуси виконують організаційно-розпорядчі обов'язки за спеціальним повноваженням – на підставі свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю.

Натомість П.П. Андрушко та А.А. Стрижевська писали, що нотаріуса (як приватного, так і державного, оскільки відмінність між ними полягає лише в обсязі повноважень і

формах оплати вчинюваних дій у той час, як правові наслідки їх дій однакові) не слід було визнавати службовою особою. Стверджувалось, що нотаріус не виконує організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків ні постійно, ні тимчасово, ні за спеціальним повноваженням. Хоч нотаріус і приймає рішення, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їхньої відомчої належності чи підлеглості, повноваження щодо їх прийняття покладають на нього не правомочний орган або службова особа в установленому законом порядку, а безпосередньо закон³¹⁶. Наведена позиція та її обґрунтування імпонували багатьом вітчизняним дослідникам, частина з яких ставила питання про запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання нотаріусів³¹⁷.

До слова здійснена у 2011 р. криміналізація зловживань повноваженнями особами, які надають публічні послуги, і підкупу таких осіб загалом не була обумовлена ратифікацією Україною міжнародноправових актів, що визначають стандарти протидії корупційним злочинам, і виконанням зобов'язань (рекомендацій), які випливають з таких актів. Фактично єдиний виняток – це статті 2, 3 Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією,

³¹⁶ Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: навч. посібн. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 203.

³¹⁷ Зайцев А., Марченко В. У нотаріуса – (не) «должностное» лицо? *Юридическая практика*. 2008. 5 авгус. (№ 32); Сірий М.І. Висновок науково-правової експертизи щодо законності визнання приватного нотаріуса спеціальним суб'єктом злочинів у сфері службової діяльності, проведеної у відповідності із Законом України «Про наукову і науково-технічну експертизу» на запит приватного нотаріуса Ковальчука С.П. *Судова апеляція*. 2009. № 2. С. 144-150; Зайцев О.В. Про доцільність встановлення кримінальної відповідальності за зловживання повноваженнями приватними нотаріусами. *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності*. Міжнародний симпозиум, 11-12 вересня 2009 р. Львів, 2009. С. 91-94; Коротюк О.В. Кримінально-правова характеристика нотаріуса як спеціального суб'єкта злочину. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. Число 2 (24). С. 116; Бабанли Р.Ш., Оніщук О.М. Суб'єктивні ознаки злочину, який полягає у зловживанні нотаріусом своїми повноваженнями (ст. 365-2 КК). *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2013. № 2. С. 119-120.

в яких йдеться про встановлення кримінальної відповідальності за давання хабара національному арбітру і за одержання ним хабара. Ознаками арбітра, про якого йдеться в цьому документі, наділені такі особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, як член трудового арбітражу і третейський суддя.

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 і КК, є спеціальним: це – особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Інша особа може нести відповідальність за вчинення цього злочину як співучасник з інкримінуванням їй відповідних частин статей 27, 368-4 КК. Причому у ч. 3 ст. 368-4 КК спочатку наводиться приблизний (незакритий), але конкретизований (казуїстичний) перелік осіб, які є суб'єктами одержання НВ, прийняття її пропозиції, обіцянки, а потім вказується на те, що до цих суб'єктів належать й «інші особи», здійснення професійної діяльності яких пов'язане з наданням публічних послуг. Наприклад, це може бути патентний повірений, інженер-землепорядник, адвокат – у разі надання безоплатної первинної та вторинної правової допомоги, особа, яка працює у спеціалізованій установі або громадській приймальні з надання безоплатної первинної правової допомоги або центрі надання безоплатної вторинної правової допомоги. У разі визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4, особи, прямо не віднесеної законодавцем до числа тих, хто надає публічні послуги, таке рішення правозастосувача має аргументуватись у процесуальних документах. Проте законодавчий зворот «іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг», як вже зазначалось, має тлумачитись обмежувально.

Колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ВС), виходячи з того, що особа, засуджена районним судом за ч. 3 ст. 368-4 КК,

при одержанні НВ діяла як фізична особа-підприємець, а не як особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, погодилась з Апеляційним судом Черкаської області, на підставі ухвали якого кримінальне провадження щодо засудженого було закрито у зв'язку з відсутністю в його діях складу злочину³¹⁸.

Розміщені в ч. 1 і ч. 3 ст. 3684 КК переліки осіб, які надають публічні послуги, сконструйовані неоднаково, що є порушенням законодавчої техніки. Причому як одного з адресатів НВ у ч. 1 ст. 368-4 КК названо експерта. Однак підкуп експерта, який має на меті нез'явлення його до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України, схилення експерта до відмови від давання висновку або до давання до завідомо неправдивого висновку, слід кваліфікувати як злочин проти правосуддя (ст. 386 КК). Якщо підкуп експерта здійснюється з іншою метою, то вчинене має кваліфікуватися за ч. 1 (ч. 2) ст. 368-4 КК. Така невинуватна диференціація кримінальної відповідальності за діяння – прояви «активної» корупції може бути усунена шляхом виключення зі ст. 386 КК вказівки на підкуп експерта. Експерт, який отримав НВ, в обох цих ситуаціях має відповідати за частинами 3 або 4 ст. 368-4 КК.

На відміну від ч. 1 ст. 368-4 КК, у ч. 3 цієї статті йдеться не про члена трудового арбітражу, а про арбітра. Ці поняття є синонімами: термін «арбітр» використано в ч. 3 ст. 368-4 КК не окремо, а разом зі словосполученням «під час розгляду колективних трудових спорів».

³¹⁸ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 2 жовтня 2018 р. Справа № 711/3965/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76945435> (дата звернення: 10.02.2019).

Не зовсім зрозуміло, чому засудженому інкримінувалась ч. 3 ст. 368-4 КК. Адже, як зазначено в аналізованій постанові ВС, одержуючи НВ у вигляді грошей за надання рекомендації щодо погодження умов на спеціальне водокористування свердловинами, засуджений обіймав посаду головного геолога ДП НАК «Надра України» «Центрукгеологія», яке є дочірнім підприємством НАК «Надра України», до посадових обов'язків якого входило керівництво геологічною діяльністю відповідних служб, геологорозвідувальних загонів, партій. Звідси напрашується думка про доречність визнання цього одержувача НВ службовою особою за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій.

Слід зазначити і те, що законодавче віднесення деяких категорій осіб до числа тих, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, не виглядає безспірним. Зокрема, слід вказати на помилковість законодавчого віднесення арбітражного керуючого до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. На арбітражного керуючого на різних стадіях провадження в справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з точки зору кримінально-правового поняття службової особи визнаються організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими. Нагадаю, що до набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», який змінив кримінально-правовий статус арбітражного керуючого, пануючою в юридичній літературі³¹⁹ була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням. Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду. Не дивлячись на те, що арбітражний керуючий не обіймає на підприємстві посад, пов'язаних з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і є фізичною особою-підприємцем, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду.

³¹⁹ Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: навчальний посібник. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 190-193; Болдарь Г.Є. Незаконні дії у разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: дис. ... канд. юрид. наук. Луганськ, 2007. С. 122-123; Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. Київ: Юридична практика, 2003. С. 642-644; Коваль А. А. Оно все-таки лицо служебное... О возможности признания арбитражного управляющего служебным лицом. *Юридическая практика*. 2007. 10 апрел. (№ 15); Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. С. 230-239.

За таких обставин пропозиція Ю.І. Шиндель виключити арбітражного керуючого з кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 365-2 КК, і визнавати його суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364 і ст. 364-1 КК (залежно від того, до яких юридичних осіб – публічного або приватного права – належить підприємство-боржник)³²⁰, загалом заслуговує на схвалення. Водночас хотів би ще раз привернути увагу до того, що використаний у ст. 364-1 КК зворот «службова особа юридичної особи приватного права» не повною мірою узгоджується з визначенням поняття службової особи, закріпленого в ч. 3 ст. 18 КК, адже навряд чи охоплює осіб, які, не займаючи посад в юридичних особах приватного права, виконують в інтересах цих юридичних осіб організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням. Сказане, на мою думку, стосується й арбітражного керуючого, який згідно з чинним законодавством на певному етапі провадження у справі про банкрутство лише прирівнюється до службової особи підприємства-боржника.

На відміну від ст. 365-2 КК, у переліку осіб, закріпленому в ст. 368-4 КК, слушно не згадується уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Така особа наділена організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими повноваженнями, що вказує на помилковість віднесення її до числа тих, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг

³²⁰ Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2014. С. 10, 153-154, 176, 181.

Своєрідний «подвійний» статус арбітражного керуючого констатує й О.О. Книженко, яка пише, що законодавець відніс арбітражного керуючого до осіб, які надають публічні послуги, не позбавивши його при цьому виконання адміністративно-господарських та організаційно-розпорядчих функцій. Висловлюється також думка про те, що якщо особа, яка надає публічні послуги, під час вчинення суспільно небезпечного діяння виявляє себе як службова особа, а не як особа, котра надає публічні послуги, то такі дії необхідно кваліфікувати за нормою КК про відповідальність службової особи (див.: Книженко О. Актуальні питання кримінальної відповідальності арбітражних керуючих за зловживання повноваженнями. *Вісник прокуратури*. 2016. № 11. С. 77).

(згідно з ч. 2 ст. 3 Закону «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» згаданий Фонд є юридичною особою публічного права, держава має вирішальний вплив на його господарську діяльність)³²¹. З іншого боку, незрозуміло, чому у переліках осіб, вміщених у частинах 1 і 3 ст. 368-4 КК, не фігурує державний реєстратор. Його належність до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у судовій практиці під сумнів не ставиться.

Так, вироком Голосіївського районного суду м. Києва за ч. 3 ст. 368-4 КК засуджено особу, яка, працюючи державним реєстратором Філії комунального підприємства Главанської сільської ради «Абсолют» у м. Києві, одержала НВ у вигляді 200 доларів США за здійснення державної реєстрації права власності на низку об'єктів нерухомого майна за ТОВ «Імбрем Аурум ЛТД»³²².

У ч. 3, на відміну від ч. 1 ст. 368-4 КК, відсутнє застереження «яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування». Однак системне тлумачення КК дозволяє стверджувати, що суб'єктом «пасивного» підкупу не є державний службовець (наприклад, експерт, який працює в державній установі) або посадова особа місцевого самоврядування (зокрема, оцінювач, який працює у виконавчому комітеті місцевої ради). За наявності підстав діяння такої особи можуть кваліфікуватись за іншими нормами КК (зокрема,

³²¹ Подібним чином розмірковує М.І. Хавронюк, який привертає увагу до того, що серед суб'єктів злочину, передбаченого ст. 365-2 КК, тобто осіб, які надають публічні послуги, є і службові особи. Це арбітражний керуючий, службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (виконує адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням) і державний виконавець (здійснює функції представника влади). Таким чином, створено непотрібну конкуренцію між статтями 364 і 365-2 КК, яка має долатись у законодавчому порядку (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиків та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstoged/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstoged/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019)).

³²² Вирок Голосіївського районного суду м. Києва від 19 вересня 2018 р. Справа № 752/18517/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76557668> (дата звернення: 10.02.2019).

ст. 354 КК). Зазначене застереження *de lege ferenda* має бути виключене з ч. 1 ст. 368-4 КК, оскільки цією статтею встановлено відповідальність за підкуп осіб, які виступають як відповідні професіонали, а не як представники певних органів (організацій).

Одержання НВ керівником відповідної установи (її підрозділу) за надання експертного висновку, якщо для його підготовки використано надані цьому керівнику організаційно-розпорядчі повноваження (наприклад, вказана службова особа з метою одержання потрібного висновку здійснює вплив на підлеглого працівника), має кваліфікуватись за ст. 368 (368-3) КК.

Відмінні від нотаріуса особи, уповноважені посвідчувати заповіти й довіреності, що прирівнюються до нотаріально посвідчених, не охоплюються поняттям нотаріуса як спеціального суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 КК³²³. Указаних осіб немає підстав визнавати особами, які здійснюють професійну нотаріальну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Кваліфікуючи дії таких осіб, які за вчинення окремих нотаріальних дій можуть одержувати НВ, слід виходити з положення про трансформацію нотаріальних дій як певних публічних послуг у владні повноваження (ознака кримінальноправового поняття службової особи), джерелом яких виступають статті 37, 38, 40, 40-1 Закону «Про нотаріат», а також з того, що в ч. 3 ст. 368-4 КК спеціальним суб'єктом злочину названо нотаріуса, а не особу, уповноважену вчиняти нотаріальні дії.

³²³ Таку ж думку висловлює О.В. Коротюк (див.: Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 6).

Особи, які надають певні публічні послуги не на професійній основі, а у зв'язку з покладенням на них законом обов'язку вчиняти певні дії, які за змістом мають ознаки публічних послуг, не можуть визнаватися суб'єктами злочинів, передбачених статтями 365-2 і 368-4 КК. За вчинення дій, передбачених цими статтями КК, зазначені особи, якщо такі дії вчинені ними у зв'язку зі здійсненням функцій представника влади чи місцевого самоврядування, мають нести відповідальність за іншими статтями КК, наприклад, ст. 364 або ст. 368 (див.: Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. С. 139, 140, 141, 277).

Натомість Ю.І. Шиндель висловлюється за інкримінування відповідним службовим особам, зокрема, ст. 365-2 і ч. 3 ст. 368-4 КК на тій підставі, що в таких ситуаціях здійснюється професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг³²⁴. Звичайно, з питання про кримінально-правову оцінку вказаної протиправної поведінки можна дискутувати. Вимушений, однак, констатувати, що сформульована Ю.І. Шиндель редакція ст. 365-2 КК ґрунт для цієї дискусії не усуває. Суб'єкта злочинного зловживання повноваженнями особою, яка надає публічні послуги, згадана авторка пропонує позначити як особу, яка не є службовою, але здійснює професійну аудиторську, нотаріальну, оціночну, експертну або іншу діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг³²⁵. На мій погляд, таке формулювання виключатиме інкримінування ст. 365-2 КК службовим особам, уповноваженим законом на вчинення певних дій, які змістовно збігаються з публічними послугами. Так, хіба є підстави уповноважених на вчинення окремих нотаріальних дій посадових осіб органів місцевого самоврядування, консульських установ України, головних лікарів, їх заступників з медичної частини, начальників госпіталів, директорів або головних лікарів будинків для осіб похилого віку та інвалідів, командирів (начальників) військових частин, начальників установ виконання покарань визнавати особами, які здійснюють саме професійну нотаріальну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг? Вочевидь, що ні³²⁶. До того ж вказані особи є службовими, а пропонуване застереження «яка не є службовою» якраз і покликане виключати інкримінування статті КК про зловживання особою, яка надає публічні послуги, службовим особам.

³²⁴ Шиндель Ю.І. Зазначена праця. С. 11, 147-153.

³²⁵ Там само. С. 182.

³²⁶ Цікаво, що в юридичній літературі суб'єктом злочинів, передбачених уточненими ст. 365-2 і ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 КК, пропонується визнавати особу, яка здійснює професійне надання публічних послуг (див.: Ніколенко Р. Кримінальна відповідальність за ст. 365-2 Кримінального кодексу України: питання диференціації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 202-203).

Особи, які провадять професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, за певних обставин можуть виконувати організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції та, як наслідок, визнаватися службовими особами. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону «Про нотаріат» державну нотаріальну контору, що є юридичною особою, очолює завідувач, який призначається з числа осіб, які мають свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю. У зв'язку з цим завідувач державної нотаріальної контори виконує організаційно-розпорядчі (щодо співробітників контори) та адміністративно-господарські (щодо майна контори) функції, і в цій частині є службовою особою юридичної особи публічного права. Так само керівників експертних служб або аудиторських фірм можна визнавати службовими особами за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій, адже їм підпорядковані відповідні підрозділи й працівники останніх.

Приватний нотаріус може створити робоче місце (контору) з додержанням вимог, передбачених ст. 25 Закону «Про нотаріат». У цьому випадку приватний нотаріус виконує організаційно-розпорядчі функції щодо технічного персоналу контори. Проте нести кримінальну відповідальність як службова особа він, на мою думку, може лише на підставі статей 366, 367, 370 КК, оскільки робоче місце (контора) приватного нотаріуса не має статусу юридичної особи, а приватний нотаріус виконує вказані функції за спеціальним повноваженням, яким він наділяється законом (відповідно до ч. 9 ст. 24 Закону «Про нотаріат» приватний нотаріус вправі мати контору, укладати цивільно-правові та трудові договори тощо).

Одним із кваліфікованих видів злочину, передбаченого ст. 369 КК, є вчинення його організованою групою або її учасником. Вчинення злочину учасником організованої групи у ч. 4 ст. 369 КК означає, що пропозиція, обіцянка або надання

НВ здійснюється одним з членів організованої групи в інтересах її учасників. Таке обмежувальне тлумачення цієї кваліфікуючої ознаки виходить з того, що термін «учасник організованої групи» в кримінальному законі (статті 28, 30 КК) використовується як характеристика особи в зв'язку з її спільною з іншими особами участю у вчиненні злочину. Відповідно, вчинення злочину учасником організованої групи має розглядатись як прояв діяльності такої групи.

Із буквального тлумачення зазначеної кваліфікуючої ознаки випливає інше: про вчинення розглядуваного злочину учасником організованої групи можна вести мову і тоді, коли він, пропонуючи, обіцяючи або надаючи НВ, діє самостійно, не в інтересах організованої групи, до якої належить, а, наприклад, в особистих інтересах. У такому разі не зрозуміло, в чому полягає підвищена суспільна небезпека його дій, яка зумовлює їхню кваліфікацію за ч. 4 ст. 369 КК. Якщо ж злочин вчинено учасником організованої групи в її інтересах, то він має кваліфікуватись як такий, що вчинено організованою групою. Відповідно, вказівка на вчинення злочину учасником організованої групи потребує виключення з ч. 4 ст. 369 КК.

Законодавча невизначеність має місце щодо кола осіб, спроможних, виступаючи такими собі посередниками, нести кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання НВ за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а так само за пропозицію чи обіцянку здійснити вплив за надання НВ. Якщо суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК, – загальний, то щодо суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, караного за ч. 2 ст. 369-2 КК, така ясність відсутня.

П.П. Андрушко, В.М. Киричко, деякі інші науковці визнають службову особу суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, а Л.П. Брич, В.І. Тютюгін, К.П. Задоя, А.В. Савченко та О.В. Кришевич – ні. Зокрема, на думку В.І. Тютюгіна, дії

службової особи – посередника (залежно від того, йдеться про «службову особу публічного права» чи «службову особу приватного права») мають кваліфікуватись за ст. 368 або ст. 368-3 КК³²⁷. Якщо раніше А.В. Савченко та О.В. Кришевич стверджували, що суб'єктом зловживання впливом є будь-яка особа, в тому числі службова особа юридичної особи як публічного, так і приватного права (треба так розуміти, що сказане стосувалось і ч. 2 ст. 369 КК), то наразі вказані автори, фактично приєднавшись до точки зору В.І. Тютюгіна, зазначають, що особи, які вчиняють злочини, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2, не мають статусу службової особи. Дії посередника (службової особи) пропонується кваліфікувати за ст. 368 або ст. 368-3 КК, а того, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, – за ст. 368-4 КК³²⁸. Називаючи підхід В.І. Тютюгіна найбільш прийнятним, К.П. Задоя стверджує, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, є особа, яка не використовує становище працівника підприємства, установи, організації, владу, службове становище службової особи або повноваження особи, яка надає публічні послуги³²⁹.

Натомість В.М. Киричко з урахуванням системних зв'язків ст. 369-2 КК з іншими статтями КК, а також приписів міжнародних конвенцій, імплементованих у цій статті, послідовно наполягає на тому, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, можуть визнаватись лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій

³²⁷ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина. С. 838.

³²⁸ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 891-892; Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 142-143.

³²⁹ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 61-62.

держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими становищем, повноваженнями в їх широкому розумінні (обумовлених такими повноваженнями). Це – тільки службові особи та особи, які надають публічні послуги. Вчинення ж дій, вказаних у ч. 2 ст. 369-2 КК, іншою особою, стверджує вчений, не характеризується суспільною небезпекою, притаманною злочину, а тому не може тягнути кримінальну відповідальність³³⁰. Судовою практикою, однак, теза про звернення в цьому разі до норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК) не підтримується.

Так, за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив Тернопільський міськрайонний суд Тернопільської області секретаря-стенографіста першої категорії, яка, працюючи в одному з тернопільських вишів і маючи дружні стосунки з іншими співробітниками університету, одержала НВ у вигляді 600 грн. від студента за вплив на викладачів щодо складання цим студентом заліку та іспиту з двох навчальних дисциплін³³¹.

Правильність такої кваліфікації злочинних дій працівника установи, який не є службовою особою, *de lege lata* сумнівів не викликає. І наведений приклад із судової практики є підстави вважати типовим.

Відсутність у нормі про кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання НВ за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або за пропозицію чи обіцянку здійснити такий вплив безпосередньої вказівки на те, що суб'єктом цього злочину є службова особа, вочевидь, не виключає такої можливості. Тобто склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК,

³³⁰ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 227-261; Киричко В.М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*: зб. наук. пр. Харків, 2015. Вип. 128. С. 40-46.

³³¹ Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 20 серпня 2014 р. Справа № 607/10568/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40916493> (дата звернення: 10.02.2019).

є підстави визнавати альтернативно-службовим. В юридичній літературі зазначається, що про такий склад злочину варто вести мову в тих випадках, коли в кримінальному законі не міститься прямої вказівки на можливість вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища, однак це очевидно впливає зі змісту диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми³³². На мій погляд, якраз така ситуація і має місце в ч. 2 ст. 369-2 КК. Подібної точки зору дотримується Н.М. Ярмиш, яка пише, що суб'єкт злочину, передбаченого всіма частинами ст. 369-2 КК, законодавцем не визначений, у примітці ст. 364 КК не згадується, а тому ним може бути будь-яка особа³³³. Отже, є підстави стверджувати про існування щонайменше альтернатив у вигляді визнання суб'єкта зловживання впливом, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК:

1) спеціальним – це особа, яка не є службовою, але має можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

2) загальним – це може бути і службова особа, і особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і працівник підприємства, установи, організації – за умови, що дії такого суб'єкта, які становлять зловживання впливом, не означають використання її службового становища чи наданих їй повноважень. За такого підходу склади

³³² Козаченко І.Я., Николаева З.А. Проблема соотношения общего и специального составов должностных преступлений. *Правоведение*. 1992. № 3. С. 40-48.

³³³ Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 176.

У п. 61 Третього раунду оцінювання «Оціночний звіт по Україні», затвердженого GRECO на 52-му Пленарному засіданні (Страсбург, 17-21 жовтня 2011 р.), також зазначається, що суб'єктом активного і пасивного зловживання впливом, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа незалежно від того, чи є вона службовою. У підрозділі 3.4 «Зловживання впливом з корисливою метою» Глосарія міжнародних стандартів у сфері кримінального права «Корупція», розробленого у 2007 р. ОЄСР, так само можна прочитати, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом (тобто одержувач НВ) може і не бути службовою особою (треба так розуміти – може і бути нею).

злочинів, передбачених відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4, 369, з одного боку, і ст. 369-2 КК, з іншого, вважаються суміжними за ознакою суб'єкта. Відповідно, якщо посередник, який пропонує (обіцяє) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, є працівником підприємства, установи, організації, «публічною» службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція, обіцянка чи надання йому, а також прийняття ним пропозиції, обіцянки або одержання НВ за такий вплив, здійснений з використанням службового становища чи наданих повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК;

3) спеціальним – це лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими повноваженнями в широкому розумінні (обумовлених такими можливостями). Маються на увазі службові особи та особи, які надають публічні послуги.

Чинна редакція ст. 369-2 КК допускає тлумачення, відповідно до якого суб'єктом зловживання впливом, передбаченого ч. 2 цієї статті, може бути і службова особа, здатна впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з її службовим становищем у широкому розумінні цього поняття. На користь такого тлумачення національного кримінального закону вказує і та обставина, що в ст. 18 Конвенції ООН проти корупції до суб'єктів «пасивного» зловживання впливом поряд із будь-якою іншою особою віднесено державну посадову особу. Водночас використаний у згаданій конвенційній нормі зворот «будь-яка інша особа», вочевидь, підлягає обмежувальному тлумаченню: у контексті складу розглядуваного

злочину це лише ті особи, які здатні зловживати впливом та які в цьому сенсі «прирівняні» до державних посадових осіб. «Слова «така інша особа» вказують на те, що під іншими особами, які можуть зловживати впливом, слід розуміти осіб, які прирівнюються до державних посадових осіб за характером та важливим значенням здійснюваних ними функцій та повноважень»³³⁴.

Викладене схиляє до думки про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є спеціальним. Ще одним таким аргументом може вважатись те, що наведене в примітці ст. 354 КК визначення поняття пропозиції НВ, яке поширюється і на ст. 369-2 КК, коло адресатів НВ обмежує працівником підприємства, установи чи організації, особою, яка надає публічні послуги, та службовою особою. Уперше згаданий аргумент навів В.М. Киричко, на думку якого приміткою ст. 354 КК визначено не лише зміст пропозиції і обіцянки у складі злочину «зловживання впливом», а й коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК³³⁵. Сприймаючи такий аргумент, водночас зауважу його умовність: наявність у законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за корупційній злочини низки вад різного характеру і змісту не дозволяє перебільшувати мудрість законодавця. Вимушений відзначити і те, що теза про спеціальний характер суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, навряд чи узгоджується із сприйнятим судовою практикою положенням про охоплення поняттям впливу, зловживання яким відбувається (може, має відбуватись), використання, зокрема, довірчих, родинних, близьких і дружніх стосунків винного з особою, уповноваженою на виконання функцій держави (див. підрозділ 3.4).

³³⁴ Киричко В.М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*: зб. наук. пр. Харків, 2015. Вип. 128. С. 43.

³³⁵ Киричко В.М. Зазначена праця. С. 44-45.

Натомість В.О. Навроцький, визнаючи загальним суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, наводить на користь цього підходу такі аргументи: 1) відсутність будь-яких вказівок з приводу цього суб'єкта у ст. 369-2 КК; 2) п. 3 примітки ст. 354 КК прямо не поширюється на ст. 369-2 КК; 3) у міжнародно-правових актах, які послужили підставою доповнення КК статтею про зловживання впливом, вказується, що суб'єктом зловживання впливом може бути будь-яка особа; 4) фактична можливість здійснення неправомірного впливу залежить від індивідуальних стосунків між людьми, а не від їх соціального чи правового статусу. Наявність додаткових ознак в осіб, які притягаються до відповідальності за ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК у конкретних випадках (і навіть те, що такі особи становлять більшість), не свідчить про те, що відповідні ознаки є обов'язковими для всіх суб'єктів розглядуваного злочину. Водночас згаданий вчений, як і автор цих рядків, не виключає того, що суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути й особа, яка виконує передбачені відповідними частинами ст. 369-2 КК дії з використанням свого службового становища, тобто службова особа³³⁶.

Судова практика з цього питання кваліфікації (навіть на рівні ВС) є неоднозначною. Так, в постанові Касаційного кримінального суду у складі ВС від 22 лютого 2018 р. зазначається, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є будь-яка особа; при цьому специфікою такої особи є те, що вона, не маючи статусу службової особи, має реальну можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Водночас постановою Касаційного кримінального суду у складі ВС від 19 вересня 2018 р. перший заступник голови однієї з РДА

³³⁶ Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. С. 129-130.

(тобто службова особа) визнаний суб'єктом «пасивного» зловживання впливом. Той саме суд (постанова від 26 червня 2018 р.) констатував, що існування неслужбових та родинних зв'язків, дружніх, добрих міжособистісних відносин між особою (митний брокер) та посадовою особою митниці в розумінні ст. 369-2 КК не може бути ознакою суб'єкта зловживання впливом. В особи, поведінка якої піддавалась кримінально-правовій оцінці, не встановлено пов'язаних з її службовими повноваженнями можливостей здійснювати вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Тому суд відхилив посилення сторони обвинувачення на наявність в особи, виправданої за ч. 2 ст. 369-2 КК, добрих відносин із певними працівниками митного посту завдяки їхній тривалій співпраці, розташування їхнього місця роботи в одній адміністративній будівлі та на наявність знайомих і друзів, серед яких він користується повагою, як на підставу інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК.

За викладених обставин однаковість відповідної правозастосовної практики може бути забезпечена лише за допомогою зусиль Великої Палати ВС, яка останнім часом демонструє схвальну здатність доводити розгляд складних кримінально-правових проблем до логічного завершення.

3.3. Пропозиція, обіцянка, вимагання неправомірної вигоди та прохання надати таку вигоду як форми корупційної поведінки

Як вже зазначалось, антикорупційне законодавство України (включаючи його кримінально-правову складову) є підстави ляяти за нестабільність, невиправдану ускладненість і надмірну деталізацію описання певних корупційних

деліктів. Щонайменше неоднозначно сприймається поява положень, які з погляду генеральної мети (скорочення масштабів корупційної поведінки) виглядають прийнятними та які, однак, суперечать традиціям розвитку вітчизняної правової системи і такому принципу криміналізації, як процесуальна здійсненність кримінального переслідування. Одним із контраверсійних положень є здійснена на виконання відповідних міжнародно-правових зобов'язань України криміналізація пропозиції, обіцянки НВ і «дзеркального» їм прийняття цієї пропозиції (обіцянки).

Автономна природа зазначених корупційних діянь, які з метою усунення будь-яких правових прогалин мають бути криміналізовані як закінчені злочини, означає, наприклад, що пропозиція (обіцянка) неправомірної переваги не потребує від іншої сторони позитивної відповіді і навіть обізнаності про таку пропозицію (обіцянку). Крім цього, кримінальна відповідальність за пропозицію (обіцянку) неправомірної переваги вважається більш ефективним заходом, ніж спроба охопити ці діяння поняттям замаху на злочин. Адже достатньо доказати умисну пропозицію (обіцянку) хабара, а не намагатись довести намір дати хабар, який не був реалізований у зв'язку з обставинами, що знаходяться поза контролем правопорушника³³⁷.

Варто уточнити, що і до ухвалення Закону від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон від 7 квітня 2011 р.) особа, яка пропонує хабар (наразі НВ), повинна була підлягати кримінальній відповідальності за невдале підбурювання до одержання хабара. Має рацію В.М. Бурдін, на думку якого в 2011 р.

³³⁷ Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии: достижения и вызовы: Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009-2012 гг. С. 54, 56.

відбулася криміналізація пропозиції хабара в тій частині, в якій вона може розглядатись як готування до давання хабара. Тобто виділення в КК пропозиції хабара в самостійне злочинне діяння варто розглядати одночасно і як криміналізацію (в частині готування до давання хабара), і як диференціацію кримінальної відповідальності (в частині замаху на підбурювання до одержання хабара). Аналізуючи вказані законодавчі зміни з погляду інформаційно-превентивного значення кримінального закону, В.М. Бурдін загалом дає їм позитивну оцінку³³⁸.

До набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. у судовій практиці особа, яка лише пропонувала хабар, не супроводжуючи таку пропозицію вчиненням дій, спрямованих на її реалізацію, не притягувалась до кримінальної відповідальності через визнання вчиненого нею лише виявленням наміру, що не містить ознак складу злочину. Супротивники встановлення кримінальної відповідальності за пропозицію НВ традиційно вказують на те, що така пропозиція є нічим іншим, як виявленням наміру на вчинення злочину, яке у вітчизняному кримінальному праві не визнається караною поведінкою. Адже особа за свої наміри і думки, наскільки б антисоціальним вони не були, не повинна підлягати кримінальній відповідальності. Закріплений у КК підхід щодо безкарності виявлення наміру виходить із визнання злочинном лише суспільно небезпечного діяння – дії або бездіяльності, ґрунтується на відомих ще римському праву тезах *nullum crimen sine actus* (немає злочину без вчинення дії), *cogitationis poenam nemo patitur* (думки не караються), враховує положення ст. 34 Конституції України про право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань³³⁹.

³³⁸ Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження): монографія. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2013. С. 71-97.

³³⁹ Мангур Р.В. Кримінальна відповідальність за пропозицію хабара. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 347-350.

Кардинальна зміна підходів щодо злочинності пропозиції хабара (НВ) була зумовлена сприйняттям нашою державою міжнародно-правових стандартів щодо протидії корупції. Повторю, однак, що такий крок не повною мірою узгоджується з процесуальною здійсненністю кримінального переслідування як одним із принципів криміналізації. З цього приводу В.А. Мисливий пише: «Багаторічна практика боротьби з хабарництвом показує, що його викриття має свої особливості, які пов'язані виключно зі складнощами доведення об'єктивної сторони давання хабара... Невипадково діяльність працівників відповідних служб правоохоронних органів при викритті хабарництва, як правило, передбачає застосування оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування злочинних дій, зокрема, спеціальне маркування предмету хабара, застосування відеозапису тощо»³⁴⁰. Криміналізацію пропозиції НВ названий дослідник розцінює як небезпечний прецедент законодавчого закріплення караності виявлення умислу, що може призвести до свавілля у кримінальному судочинстві³⁴¹. Вказану позицію підтримує чимало українських дослідників. Так, О.О. Кваша пропонує скасувати кримінальну відповідальність за пропозицію надання НВ як прояв надмірної криміналізації, мотивуючи свою точку зору тим, що таке діяння є за своєю природою виявленням наміру³⁴². Інші автори вказують на те, що довести серйозність, реальність і готовність до здійснення відповідного наміру практично неможливо. Між помислами людини та її реальними діями часто лежить величезна прірва, а тому

³⁴⁰ Мисливий В. Пропозиція хабара: злочин чи виявлення умислу. *Юридичний вісник України*. 2010 р. 2-15 січ. (№ 1-2).

³⁴¹ Мисливий В.А. Кримінальний закон: питання правової дифузії. *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. Харків: Право, 2013. С. 146.

³⁴² Кваша О.О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2013. С. 15, 260, 287.

невідомо, чи зважиться вона на вчинення злочину. Якщо ж дії носять більш реальний характер і підтверджені конкретними домовленостями щодо вартості НВ, місця і способу її передання (отримання) тощо, то їх слід вважати готуванням до вчинення злочину³⁴³.

Водночас треба мати на увазі, що ті випадки пропозиції хабара, які піддавались кримінально-правовій оцінці і згідно з чинним раніше законодавством визнавались (зокрема, в опублікованих рішеннях ВСУ) незлочинним виявленням наміру, були встановлені і доведені в порядку, визначеному КПК. На те, що аналізований різновид корупційної поведінки піддається встановленню, вказує і ч. 1 ст. 24 Закону «Про запобігання корупції», яка закріплює алгоритм дій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняної до неї особи у разі надходження такій особі пропозиції НВ або подарунка. Крім того, усвідомлення того факту, що вже сама пропозиція та обіцянка НВ є підставою настання кримінальної відповідальності потенційного надавача НВ, може слугувати істотним стримуючим фактором корупції³⁴⁴. Самостійна (у вигляді окремих кримінально-правових заборон) відповідальність за пропозицію (обіцянку) НВ має місце в країнах із низьким рівнем корупції. До того ж ніхто не сумнівається в існуванні так званих інформаційних злочинів, вчинюваних шляхом виголошування або написання слів, фраз, промов (різноманітні погрози, заклики, розголошення тощо).

³⁴³ Кузьменко В., Руссов В. Положення нового антикорупційного законодавства в дії. *Слово Національної школи суддів України*. 2014. № 1. С. 83-84; Боровик В.А., Мезенцева І.С. Протидія корупційній злочинності: підручник. Луцьк: СПД Галяк Ж. друкарня «Волиньполіграф», 2018. С. 324-325.

³⁴⁴ У відгуку О.П. Гороха як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Д.А. Третякова «Кримінальна відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України)» вказується на законодавчу гіперболізацію суспільної небезпеки пропозиції та обіцянки НВ. Ці форми об'єктивної сторони виконують лише запобіжну функцію і наразі не застосовуються для реальної протидії корупції. Зазначається також, що законодавець міг би рухатись у цьому разі іншим, традиційним для вітчизняної кримінального законодавства шляхом, перенісши момент закінчення надання НВ на момент готування чи замаху на такий злочин.

Визнавши на виконання міжнародно-правових зобов'язань закінченими злочинами пропозицію, обіцянку НВ і «дзеркальне» їм прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, законодавець у такий спосіб унеможливив: 1) пом'якшення покарання за такі форми корупційної поведінки на підставі ч. 2 і ч. 3 ст. 68 КК; 2) застосування при кримінально-правовій оцінці вказаних корупційних діянь ч. 2 ст. 14 КК; 3) звернення в таких випадках до ст. 17 КК «Добровільна відмова при незакінченому злочині». Так, якщо особа спочатку запропонувала (пообіцяла) НВ відповідному адресату, а згодом відмовилась її надати, то вчинене не може розцінюватись як добровільна відмова при незакінченому злочині, адже в такій поведінці особи вбачаються ознаки закінченого складу злочину, передбаченого певною нормою КК.

Виокремлення прийняття пропозиції (обіцянки) НВ є логічним кроком: у ст. 354, а також статтях 368, 368-3, 368-4 КК знаходить відображення система двосторонньої угоди, за якої для визнання злочину закінченим достатньо згоди адресата прийняти запропоновану (обіцяну) йому НВ. У такий спосіб унеможливлено ситуації, коли особа, яка запропонувала (пообіцяла) НВ, підлягатиме кримінальній відповідальності, а особа, яка погодилася прийняти запропоновану (обіцяну) НВ (якщо на цьому етапі її злочинна діяльність була виявлена і припинена правоохоронними органами), – ні.

Автономна природа діянь, які утворюють «активний» і «пасивний» підкуп, втілена в чинних редакціях антикорупційних кримінально-правових заборон, дозволяє вирішувати на практиці і деякі інші проблеми.

Так, постановою Касаційного кримінального суду у складі ВС скасовано судові рішення, відповідно до яких головного державного ревізора-інспектора відділу контролю-перевірочної роботи доходів і зборів з фізичних осіб Кіровоградської ОДПІ ГУ ДФС у Кіровоградській області було виправдано за ч. 3

ст. 368 КК на тій підставі, що на момент одержання НВ ця особа була звільнена із займаної посади, а отже, не була службовою – спеціальним суб'єктом одержання НВ. На думку ВС, при новому розгляді справи у суді першої інстанції слід дати юридичну оцінку фактичним обставинам кримінального провадження, а саме встановити наявність або відсутність ознак складу злочину в діях виправданої особи, вчинених в останній день її перебування на відповідній посаді. Йдеться про те, що у цей день інспектор, ще будучи службовою особою, зустрівся з підприємцем, правильність сплати яким ПДВ він перевіряв раніше, і звернувся до нього з пропозицією надати НВ, що й було узгоджено³⁴⁵.

Оскільки в переважній більшості європейських країн готування до кримінального правопорушення не карається (за деякими винятками), а замах карається лише в окремих, прямо передбачених законом випадках, імплементація положень міжнародних договорів антикорупційного спрямування в цих країнах відбулася шляхом встановлення кримінальної відповідальності за «пропонування», «обіцянку» та «прийняття пропозиції чи обіцянки» НВ безпосередньо у заборонних нормах Особливої частини КК. У кримінальному праві України ситуація принципово інша: КК прямо передбачає відповідальність за готування до будь-якого умисного злочину (крім злочину невеликої тяжкості), а також за замах на будь-який умисний злочин. КК відома лише досить невелика кількість складів злочинів, які (у зв'язку з їхньою підвищеною суспільною небезпекою) вважаються закінченими на стадії готування. Інакше кажучи, якби в Особливій частині КК України були закріплені склади лише корупційних злочинів, що полягають у наданні-одержанні НВ, як це і мало місце

³⁴⁵ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19 вересня 2018 р. Справа № 405/5444/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76715841> (дата звернення: 10.02.2019).

раніше, відповідальність за «пропозицію», «обіцянку», «прийняття пропозиції чи обіцянки» могла б наставати за ст. 14 (ст. 15) і тією нормою Особливої частини КК, яка описує певний закінчений злочин.

Усупереч зазначеній специфіці вітчизняного кримінального законодавства імплементація положень міжнародних угод в Україні відбулася за загальноєвропейським зразком. Як наслідок, закінченими корупційними злочинами вважаються не лише «класичні» корупційні злочини у вигляді надання або одержання НВ за вчинення/невчинення певними особами тих чи інших дій, а й: 1) пропозиція НВ (ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-2 КК); 2) обіцянка НВ (ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 369-2 КК); 3) прийняття пропозиції НВ (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК); 4) прийняття обіцянки НВ (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК); 5) прохання надати НВ (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368, ч. 1 ст. 368-3; ч. 1 ст. 368-4 КК)³⁴⁶.

При цьому в КК не зазначено, що на всі ці заборонні норми більше не поширюються положення статей 14–16 КК, а отже, наразі він передбачає відповідальність і за: готування до «пропозиції» та «обіцянки» НВ; готування до «прийняття пропозиції» та «прийняття обіцянки» НВ; готування до «прохання надати НВ»; замах на «пропозицію» та «обіцянку» НВ; замах на «прийняття» пропозиції і «прийняття обіцянки» НВ; замах на «прохання надати» НВ. Таким чином, в Україні склалася ситуація, за якої кримінально караними є «готування до готування», «готування до замаху» та «замах на готування».

³⁴⁶ З урахуванням того, що прохання, так би мовити, за визначенням не може характеризувати поведінку того, хто намагається підкупити службову особу юридичної особи приватного права та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, вказівка на таке прохання в ч. 1 ст. 368-3 і ч. 1 ст. 368-4 КК є законодавчою помилкою, що потребує усунення шляхом перенесення звороту «прохання надати неправомірну вигоду» до тих частин згаданих статей КК, в яких йому належить місце.

Теоретично існування таких «ускладнених» юридичних конструкцій є прийнятним, однак з погляду його антисоціального змісту такий підхід видається сумнівним.

Так, якщо готування полягає у створенні умов для вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК), а під пропозицією слід розуміти висловлення наміру про надання НВ, то виходить, наприклад, що за ч. 1 ст. 14, ч. 1 ст. 369 КК слід кваліфікувати створення умов для висловлення наміру про надання НВ. Таке створення умов може знаходити свій прояв у придбанні телефону для здійснення в майбутньому телефонного дзвінка, придбанні комп'ютерної та іншої техніки, що може забезпечувати комунікацію, отриманні контактних даних службової особи чи адреси в тій чи іншій соціальній мережі, написанні чернетки листа на папері чи в електронній скриньці, купуванні конверту, встановленні дружніх стосунків із близькими тієї особи, якій планується висловити пропозицію надання НВ, тощо. Тобто в реальному житті готування до висловлення пропозиції / обіцянки НВ цілком можливе, проте в таких випадках органом досудового розслідування та судом має бути доведено, що: 1) саме ці (цілком звичайні за зовнішніми ознаками) дії були спрямовані на створення умов для висловлення наміру надати НВ особі за вчинення/невчинення нею тих чи інших дій; 2) таке готування характеризується суспільною небезпекою як визначальною характеристикою будь-якого злочину (ст. 11 КК). Очевидно, що надзвичайна віддаленість відповідних підготовчих дій від факту надання-одержання НВ вказує на те, що, за загальним правилом, такі діяння не характеризуються суспільною небезпекою.

Встановити факт замаху на зазначені корупційні злочини легше (на відміну від готування до них), адже винна особа вже почала виконувати об'єктивну сторону відповідного складу злочину. Наприклад, особа написала листа з пропозицією

чи обіцянкою НВ (у вигляді паперового листа, електронного листа, повідомлення через будь-яку комп'ютерну програму тощо), а адресат його не отримав (через помилку листоноші, через збій у роботі мобільного пристрою, комп'ютера чи відповідної програми, що забезпечує комунікацію, через незнання специфіки функціонування засобу комунікації відправником чи адресатом, через те, що така особа не перевіряла поштову скриньку чи пропустила цей лист при опрацюванні вхідної кореспонденції у своїй електронній скриньці, тощо). Аналогічна ситуація має місце тоді, коли одна особа фактично висловила відповідну пропозицію, обіцянку, а інша – в силу об'єктивних чи суб'єктивних обставин – не усвідомила змісту відповідного повідомлення (через вади слуху, зору чи інтелектуального; через мовний бар'єр; через нерозбірливість почерку (при традиційному листуванні); у випадках, коли одна особа висловлює відповідні думки невербальним чином (жестами, мімікою, пантомімікою тощо), а інша не зрозуміла їх змісту; коли одна особа намагалася передати таку інформацію будь-яким іншим способом (наприклад, за допомогою азбуки Морзе, шляхом написання таємних листів молоком, розчином соди чи крохмалю або за допомогою шифрування), специфіка якого не дала можливості адресату отримати таке повідомлення чи усвідомити його зміст.

Часова та організаційна віддаленість зазначених діянь від самого факту надання-одержання НВ вже не така значна (порівняно з готуванням). Тому у випадку виявлення замаху на ці «специфічні» корупційні злочини слід вивчати всі обставини справи (зокрема, з'ясувати ступінь здійснення злочинного наміру, причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця). При цьому важливе значення має те, на який конкретно з цих «специфічних» корупційних злочинів відбувався замах. Зокрема, замах на ті з них, що належать до категорії злочинів невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 354,

ч. 1 ст. 368-3; ч. 1 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369-2 КК), у більшості випадків варто визнати малозначним діянням (ч. 2 ст. 11 КК).

Законодавчі визначення понять «пропозиція» та «обіцянка» наводяться в п. 3 примітки ст. 354 КК³⁴⁷. Тут зазначено, що під пропозицією у статтях 354, 368, 368-3–370 КК слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі наміру про надання НВ, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання НВ.

Відповідні законодавчі визначення не враховують того, що з лексичної точки зору розмежувальною ознакою між пропозицією та обіцянкою є наявність (відсутність) зобов'язання передати НВ у майбутньому³⁴⁸. Фактично законодавець поняття пропозиції та обіцянки НВ розглядає як синонімічні, що не узгоджується з етимологією цих слів. Законодавчий термін «висловлення» пов'язаний виключно з вербальним компонентом, що звужує його суть; насправді пропозиція та обіцянка можуть продемонстровані не тільки через слова;

³⁴⁷ Своєрідність ст. 354 КК полягає, серед іншого, в тому, що вона містить низку універсальних положень, які стосуються законодавчого описання інших корупційних злочинів та звільнення від кримінальної відповідальності за їх вчинення (ч. 5 ст. 354, пункти 3-5 примітки цієї статті). Вважається, що це негативним чином впливає на інформативність КК у частині регламентації відповідальності за вказані злочини і на виконання КК запобіжної функції.

³⁴⁸ В українській мові під словом «обіцянка» мається на увазі добровільно дане зобов'язання зробити що-небудь, а «обіцяти» означає: давати обіцянку кому-небудь; зобов'язуватися зробити щось, діяти певним чином; давати слово, обіццювати, зарікатися; подавати надії на що-небудь. Критикуючи законодавчі визначення пропозиції та обіцянки НВ, З.А. Загіней пише, що з погляду мови розмежувальною ознакою між цими поняттями є не локальна і темпоральна характеристика, а наявність (відсутність) зобов'язання передати НВ у майбутньому. Беручи до уваги складність розмежування вказаних суспільно небезпечних діянь, авторка висловлюється за те, щоб визнати формою злочинного підкupu лише обіцянку НВ (див.: Загіней З. Кримінально-правова герменевтика. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2015. С. 261). М.І. Хавронюк також вважає, що у відповідних статтях КК варто залишити лише одну із вказаних форм корупційної поведінки – пропозицію чи обіцянку НВ (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019)).

відтак термін «висловлення» міг би бути замінений терміном «повідомлення будь-яким чином»³⁴⁹.

Обіцянка, якщо керуватись її законодавчим визначенням, практично нічим не відрізняється від пропозиції, оскільки повідомлення у тому числі про час, місце і спосіб надання НВ свідчить лише про конкретизацію пропозиції, а не про перетворення її на обіцянку. З п. 3 примітки ст. 354 КК також не зовсім зрозуміло, чи повинне повідомлення про НВ для того, щоб вважатись її обіцянкою, містити вказівку на всі перераховані в КК обставини (час, місце і спосіб надання вигоди) або лише на деякі з них (чи навіть одну). Обіцянка може включати вказівку й на інші обставини (наприклад, обстановку, в якій відбуватиметься надання-одержання НВ).

Пропозиція НВ – це дія, яка полягає у доведенні до відома адресата наміру (бажання, готовності) надати НВ. Ініціатива її надання виходить від особи, яка її пропонує. Пропонуючи НВ, суб'єкт може мати на меті переконатись у тому, що адресат не відхилить НВ, безперешкодно її одержить в майбутньому, не вчинить провокацію підкупу тощо. Натомість обіцянка НВ має місце тоді, коли особа домовляється із суб'єктом «пасивного» підкупу про надання НВ (наприклад, особа дає згоду задовольнити прохання цього суб'єкта про надання йому НВ після того, як суб'єктом буде виконана бажана для особи дія)³⁵⁰. Таке відмінне від пропозиції НВ розуміння її обіцянки впливає, серед іншого, з п. 36 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією. Ініціатива при обіцянці може виходити як від особи, котра надає НВ, так і від суб'єкта «пасивного» підкупу. Так, якщо стосовно особи

³⁴⁹ Савченко А.В. Щодо змісту окремих форм вчинення корупційних злочинів («пропозиція», «обіцянка», «прохання»). *Сучасна університетська правова освіта і наука: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції*, м. Київ, Національний авіаційний університет, 23 лютого 2018 р. Том 1. Тернопіль, 2018. С. 373.

³⁵⁰ Ярошенко О.Д. Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 9.

здійснювалось вимагання чи прохання надання НВ, і вона у відповідь на це пообіцяла її надати, то слід вести мову саме про обіцянку НВ. За таких обставин відсутність положень про кримінальну відповідальність за прийняття прохання надати НВ, вочевидь, немає підстав вважати прогалиною КК.

Відповідний злочин у цій частині є закінченим з моменту доведення пропозиції (обіцянки) НВ до відома особи. Те, як цей адресат відреагував на вказану пропозицію (обіцянку), чи мав суб'єкт «активного» підкупу насправді намір надати НВ, а так само, чи мало місце в подальшому надання-одержання НВ, не впливає на визнання злочину у формі пропозиції (обіцянки) НВ закінченим. Про особливості моменту закінчення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК «Зловживання впливом», який може набувати вигляду пропозиції або обіцянки НВ, див. підрозділ 3.4.

Дії особи, яка намагалась надати НВ (тобто не обмежуючись інформаційною поведінкою, вчинила дії, спрямовані на те, щоб надати НВ), у разі відмови суб'єкта «пасивного» підкупу одержати її, слід кваліфікувати як замах на надання НВ. Однак якщо така особа раніше пропонувала чи обіцяла НВ тому самому суб'єкту «пасивного» підкупу, то ці дії треба кваліфікувати як закінчений злочин, без посилання на ту чи іншу частину ст. 15 КК. Виходить, що якщо особа одразу намагалась надати НВ, раніше її не пропонуючи (обіцяючи), а адресат відхилив НВ, то покарання їй має призначатись з урахуванням правила про його обов'язкове пом'якшення (ч. 3 ст. 68 КК). Якщо ж особа перед спробою надати НВ вчинила пропозицію (обіцянку) НВ стосовно цього ж адресата, то вона як така, що вчинила закінчений злочин, вже не може розраховувати на пільгове призначення покарання, що застосовується у разі замаху на злочин.

Буквальне тлумачення законодавчих формулювань «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає

відповідальне становище» та «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище» на перший погляд унеможлиблює інкримінування цих кваліфікуючих ознак та, як наслідок, кваліфікацію вчиненого за частинами 3 і 4 ст. 369 КК, якщо НВ була: а) надана третій особі; б) лише запропонована чи обіцяна службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище. Однак, оскільки у ч. 1 ст. 368 КК фігурує і третя особа, а формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 368 КК охоплюють також і прийняття пропозиції, обіцянки НВ, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище, то частини 3 і 4 ст. 369 КК повинні застосовуватися і у вказаних двох ситуаціях³⁵¹. Таким чином, тут можна говорити про порушення законодавчої техніки. У вдосконалених частинах 3 і 4 ст. 369 КК має йтися про те, що НВ пропонується, обіцяється або надається службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище, або третій особі.

У п. 5 примітки ст. 354 КК виокремлено дві форми вимагання НВ як кваліфікуючої ознаки злочинів, передбачених статтями 354, 368, 3683, 3684 КК: 1) відкрита – вимога щодо надання НВ з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду; 2) завуальована – умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Зміст погрози при вимаганні НВ визначається тим, що негативні наслідки для особи – адресата вимагання –

³⁵¹ Альтернативний доктринальний підхід до кримінально-правової оцінки таких дій (В.О. Навроцький) полягає в тому, що пропозиція або обіцянка НВ, адресовані службовій особі, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, становить собою готування до злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 369 КК.

пов'язуються з можливостями спеціального суб'єкта злочину (суб'єкта «пасивного» підкупу)³⁵².

Вимога НВ за відсутності ознак вимагання як кваліфікуючої ознаки, утворюючи склад основного злочину, за наявності підстав може розцінюватись як закінчений злочин – прохання надати НВ (це поняття розкривається нижче).

Завуальовану форму вимагання не слід називати пасивною – вона може реалізовуватись шляхом як дій, так і бездіяльності. Наприклад, службова особа може здійснювати вимагання НВ у своїх підлеглих шляхом створення для них важких, навіть нестерпних умов праці, змушуючи звільнитись з роботи тих, хто не бажає надавати неправомірну вигоду. Або суб'єкт «пасивного» підкупу вимагає надати фактично непотрібні численні документи, з чого громадянин робить висновок про те, що без надання НВ реалізувати належне йому за законом право не вдасться. Проте не виключені ситуації, коли саме бездіяльність особи слугує спонукальним мотивом надання НВ. Не заявляючи відкрито погроз, належний суб'єкт тривалий час не виконує ті чи інші дії, які він може (повинен) здійснити з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища та в яких заінтересована особа – суб'єкт «активного» підкупу. Не виконуючи протягом тривалого часу певні дії (наприклад, не видаючи дозвільні документи, затягуючи перевірку), суб'єкт «пасивного» підкупу дає зрозуміти іншій особі, що та може добитись реалізації своїх прав і законних інтересів лише шляхом надання НВ.

Обов'язковою ознакою вимагання НВ у завуальованій формі є його умисність, а тому для інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки потрібно встановити, що певний суб'єкт

³⁵² Хмиз М. Проблеми співвідношення складу вимагання неправомірної вигоди із суміжними складами у кримінальному праві України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2017. Вип. 64. С. 218-227.

усвідомлював, що його поведінка ставить особу у відповідні умови, і бажав так вчиняти, маючи на меті одержання НВ. Ця суб'єктивна ознака дозволяє відмежувати завуальоване вимагання, зокрема, від випадків недбалого виконання суб'єктом своїх обов'язків по службі. Очевидно, що вимагання НВ у завуальованій формі зовні може набувати вигляду прохання належного суб'єкта надати йому або третій особі НВ – дії, яка утворює основний склад відповідного злочину (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368 КК), що, однак, за наявності підстав не повинно виключати інкримінування аналізованої кваліфікуючої ознаки.

Традиційно в судовій практиці вимагання НВ (раніше – вимагання хабара) не вбачалось (не вбачається і зараз) у випадках, коли під загрозу ставилися незаконні інтереси особи, в якій вимагали НВ³⁵³. Ідеться, наприклад, про задоволення таких незаконних прохань, як не складання поліцейським протоколу про допущене порушення правил дорожнього руху, видача листка тимчасової непрацездатності здоровому пацієнту, не відображення в акті ревізії фактично виявленої недостачі товарно-матеріальних цінностей, закриття кримінального провадження за відсутності законних до цього підстав.

Так, із судових рішень, на підставі яких голову Бериславської РДА Херсонської області було засуджено за ч. 4 ст. 368 КК (у редакції Закону від 7 квітня 2011 р.), ВСУ виключив таку кваліфікуючу ознаку одержання хабара, як його вимагання. Встановлено, що ця службова особа одержала

³⁵³ При цьому в п. 5 примітки ст. 354 КК вказівка на права та законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми і відсутня стосовно відкритої форми вимагання. Вочевидь, 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 ст. 354 КК варто уточнити, усунувши позначену непослідовність і чітко вказавши на те, що вимагання НВ має місце лише у разі вимоги щодо надання НВ з погрозою вчинення дій (бездіяльності), якщо це ставить у небезпеку законні інтереси того, у кого вимагають НВ.

850 тис. доларів США за надання у власність земельної ділянки на березі річки Дніпро для здійснення господарської діяльності з розвитку зеленого туризму, будівництва на цій землі розважального комплексу та готелів. Обґрунтовуючи висновок про відсутність вимагання хабара, ВСУ зазначив, що згадана службова особа домагалася одержання хабара за вчинення протиправних дій з виділення земельної ділянки у власність не для сільськогосподарського використання. Особа, яка надала хабар, усвідомлювала цю обставину і була зацікавлена в неправомірній поведінці службової особи та, не маючи визначених законом підстав для отримання у власність 24 га землі для ведення туристичного бізнесу, прагнула обійти закон, задовольнити свій незаконний інтерес, у тому числі шляхом одержання переваги в отриманні земельної ділянки у власність для здійснення підприємницької діяльності³⁵⁴.

Касаційний кримінальний суд у складі ВС підтвердив правильність перекваліфікації дії начальника абонентського відділу Зміївського районного відділення енергозбуту «Харківенергозбут» із ч. 3 ст. 368 на ч. 1 цієї статті КК, посиляючись на відсутність у діях засудженого аналізованої кваліфікуючої ознаки. У зв'язку з відсутністю в особи, яка надала НВ, відповідно до встановленого переліку всіх необхідних документів (зокрема, правовстановчих документів на житловий будинок) вона прагнула уникнути належної процедури вирішення питання щодо одержання пільгового тарифу на електроопалення, а це виключає наявність вимагання НВ³⁵⁵.

Натомість за ч. 4 ст. 354 КК (за ознакою вимагання) засуджено фахівця першої категорії соціальної роботи Центру надання послуг учасникам бойових дій Львівської міської ради,

³⁵⁴ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 р. у справі № 5-124кк15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F838A8EF1B277D2EC2257F570048952D](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F838A8EF1B277D2EC2257F570048952D) (дата звернення: 10.02.2019).

³⁵⁵ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20 листопада 2018 р. Справа № 621/2190/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78129991> (дата звернення: 10.02.2019).

яка одержала НВ у вигляді 17 800 грн. за сприяння в оформленні пакету документів, необхідних для безперешкодного отримання учасником бойових дій одноразової матеріальної допомоги в розмірі 100 тис. грн. на вирішення соціально-побутових питань. Як вбачається з вироку, суд розцінив як вимагання НВ оголошену під час телефонної розмови з учасником бойових дій вимогу вказаного фахівця про те, що за сприяння в оформленні пакету документів, необхідних для отримання одноразової матеріальної допомоги, їй треба передати грошові кошти у розмірі 700 доларів США, і запевнення в тому, що без її сприяння вказану допомогу учасник бойових дій отримати не зможе³⁵⁶.

На користь так званого вузького розуміння вимагання наводяться такі аргументи: а) звичайною практикою захисту осіб, які надають НВ, є їх посилення на те, що вони вимушені надати вигоду під тиском з боку іншої особи. І широке розуміння вимагання стимулюватиме протиправну поведінку осіб, які шляхом надання НВ намагатимуться реалізувати свої інтереси, що суперечать законодавству; б) посилення караності одержання НВ, поєднаного з вимаганням, пояснюється не лише особливим характером взаємовідносин між особою, яка надає НВ, і суб'єктом «пасивного» підкупу як ініціатором таких взаємовідносин, а й тим, що злочин посягає на додатковий об'єкт – права і законні інтереси особи, для яких виникає загроза заподіяння їм шкоди; в) сприйняття широкого розуміння вимагання призвело б до зникнення в ньому основного компонента – вимушеності дій особи, яка надає НВ. Якщо така особа зацікавлена в неправомірній поведінці належного суб'єкта, намагається обійти закон, одержати незаконні пільги і переваги тощо, то доречно вести мову не про вимушеність, а про вигідність надання НВ³⁵⁷.

³⁵⁶ Вирок Франківського районного суду м. Львова від 11 вересня 2018 р. Справа № 465/4426/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76402787> (дата звернення: 10.02.2019).

³⁵⁷ Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. Передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. Луганськ: РВВ ЛДУВС імені Е.О. Дідоренка, 2010. С. 511-516.

ВСУ, формулюючи правову позицію з розглядуваного питання, неодноразово і послідовно констатував, що така ознака, як вимагання НВ (хабара), може бути поставлена в провину за наявності трьох обов'язкових умов: 1) ініціатором давання (одержання) НВ є службова особа; 2) пропозиція про давання (одержання) НВ має характер вимоги (примусу), що підкріплюється або відкритою погрозою, або створенням таких умов, які переконують хабародавця в наявності небезпеки його правам та законним інтересам, що змушує його погодитися з вимогою; 3) дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і, головне, мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця³⁵⁸.

Спростовуючи заяву адвоката про відсутність у діях засудженого такої кваліфікуючої ознаки одержання НВ, як вимагання, Касаційний кримінальний суд у складі ВС найбільш значущою ознакою вимагання назвав те, що притаманне йому примушування може бути вчинено тільки за допомогою погрози заподіяння шкоди законним інтересам особи. Встановлено, що прокурор прокуратури Заводського району м. Миколаєва, зацікавлений в одержанні НВ і в подальшому засуджений за ч. 3 ст. 368 КК, будучи процесуальним керівником досудового розслідування і вживаючи у межах та порядку, передбаченому законодавством, заходи для покращення правового становища особи, обвинуваченої у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 289 КК, висунув вимогу щодо надання йому НВ у вигляді 10 тис. грн з погрозою настання для особи негативних наслідків у разі незадоволення вимоги.

³⁵⁸ Постанови Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України у справах: № 514кс12 від 4 жовтня 2012 р.; № 513кс13 від 23 травня 2013 р.; № 514кс13 від 30 травня 2013 р.; № 528 кс13 від 5 вересня 2013 р.; № 543кс13 від 26 грудня 2013 р.; № 519кс14 від 26 червня 2014 р.; № 514кс15 від 28 травня 2015 р.; від 21 січня 2016 р. у справі № 5-124кс15; від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-149кс16.

Обвинувачений, маючи розумні сподівання на прийняття законного та справедливого рішення у справі, не намагався будь-яким чином уникнути відповідальності і вимушений був передати прокурору НВ, оскільки вважав, що в іншому випадку той реалізує висловлену ним погрозу. Виходячи з того, що законність прав і інтересів, які захищаються шляхом надання НВ, є однією з основних та обов'язкових ознак вимагання НВ і що останнє відсутнє у випадку, коли той, хто надає НВ, зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, ВС підтвердив правильність кваліфікації дій прокурора за ч. 3 ст. 368 КК³⁵⁹.

Досить складно встановити, законні чи незаконні інтереси намагається реалізувати той, хто надає НВ, у ситуаціях, коли її одержувач здійснює дискреційні повноваження³⁶⁰. 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 суму³⁶¹. Справді при вирішенні кадрових питань на підставі правових норм, якими б вичерпними вони не були, мають враховуватись і додаткові моменти, наприклад, особисті якості претендентів.

³⁵⁹ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 7 червня 2018 р. Справа № 487/8326/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74659964> (дата звернення: 10.02.2019).

³⁶⁰ Дискреційне повноваження може полягати у виборі діяти чи бездіяти, а якщо діяти, то – у виборі варіанту рішення чи дії серед варіантів, прямо або опосередковано закріплених у законі. Важливою ознакою такого вибору є те, що він здійснюється без необхідності узгодження варіанту вибору з будь-ким (див.: Перепелюк В. Науковий висновок щодо меж дискреційного повноваження суб'єкта владних повноважень та судового контролю за його реалізацією. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/naukovi_visnovki/nauk_visnovok_01_03_2018 (дата звернення: 10.02.2019)).

³⁶¹ Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. Киев: Наукова думка, 1978. С. 218-219.

Інтерес того, хто надає НВ, коли погроза стосується вчинення діяння з використанням дискреційних повноважень суб'єкта «пасивного» підкупу, не суперечить законодавству, а тому є законним. Тобто під законними інтересами при вимаганні НВ варто розуміти у тому числі інтереси, які не суперечать законодавству і реалізація яких лише частково забезпечується нормативним регулюванням³⁶². Вирішуючи питання про наявність або відсутність вимагання НВ у ситуації з дискреційними повноваженнями одержувача НВ, слід брати до уваги і те, що діяння, вчиненням яких погрожує в цьому разі суб'єкт, не можуть визнаватися законними, хоч у разі їх здійснення цей суб'єкт формально не порушує конкретну правову норму³⁶³. Адже діяння суб'єкта навіть у межах своєї компетенції, але які не засновані на службовій необхідності, не можуть бути визнані законними. Таким чином, вимога належного суб'єкта з погрозою використання дискреційних повноважень, ставлячи в небезпеку права і законні інтереси особи та означаючи погрозу вчинення незаконного діяння по службі, має розцінюватись як вимагання НВ.

Так, Судова палата у кримінальних справах ВСУ підтвердила наявність вимагання в діях судді, яка вимагала та

³⁶² Обґрунтованість наведеного підходу підтверджується рішенням КСУ 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. 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, загальновизнаним 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.

³⁶³ Схожу позицію займав дореволюційний дослідник В.М. Ширяев, 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 (див.: Ширяев В.Н. Взятничество и лихоительство в связи с общим учением о должностных преступлениях. Уголовно-юридическое исследование. Ярославль, 1916. С. 525-526).

одержала від підсудного хабар у розмірі 1 тис. доларів США за призначення йому покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, хоч санкція відповідної кримінальноправової норми передбачала таку можливість. Суддя дала зрозуміти підсудному, що обставини, які дають підстави для обрання йому покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, будуть враховані нею лише за умови передачі їй обумовленої суми грошей. ВСУ вирішив, що шляхом давання хабара підсудний намагався захистити своє право на справедливий і неупереджений суд та постановлення щодо нього законного рішення³⁶⁴.

Законодавчі формулювання (ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК) вказують на можливість поєднання вимагання НВ не лише з її одержанням, а і з прийняттям пропозиції або обіцянки такої вигоди. Проте з визначення поняття вимагання НВ, якщо тлумачити п. 5 примітки ст. 354 буквально КК, впливає, що особа, яка під впливом вимагання лише запропонувала (пообіцяла) НВ, але ще її не надала, не може вважатись такою, щодо якої було вчинене вимагання. Про вимагання НВ можна говорити лише тоді, коли «реакцією» на відповідну вимогу є надання НВ, а не її пропозиція (обіцянка). Ця кваліфікуюча ознака має місце лише за наявності подальшого (після вимагання) одержання НВ. Отже, чинні редакції ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК, які допускають поєднання вимагання НВ з іншими діями належного суб'єкта, треба тлумачити обмежувально, бо: 1) таке поєднання суперечить п. 5 примітки ст. 354; 2) суть вимагання не узгоджується з такими добровільними діями належного суб'єкта, як прийняття пропозиції (обіцянки) НВ, а тим більше прохання її надати.

³⁶⁴ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України у справі № 519кс14 від 26 червня 2014 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45855961> (дата звернення: 10.02.2019).

Поведінка, яка розцінюється як вимагання, поряд з одержанням НВ за дії (бездіяльність) з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища, входить до об'єктивної сторони кваліфікованого складу злочину – одержання НВ, поєднаного з вимаганням. Відповідно, вимагання НВ, отримати яку суб'єкту не вдалося з причин, незалежних від його волі (не дивлячись на примус, особа НВ не надала), є не готуванням, а незакінченим замахом на одержання НВ, поєднаним з вимаганням, і має кваліфікуватися за ч. 3 ст. 15 і відповідними частинами статей 354, 368, 3683, 3684 КК. При цьому прохання НВ (хоч воно є менш суспільно небезпечною поведінкою, ніж вимагання НВ) утворює склад закінченого злочину, а тому покарання за нього призначається без звернення до ч. 3 ст. 68 КК.

З цього приводу Н.М. Ярмиш слушно зазначає, що прохання НВ є закінченим злочином тоді, як вимагання становить частину об'єктивної сторони відповідних злочинів, а тому подія, коли одержання НВ із певних причин не відбулося, відповідає ознакам замаху на одержання НВ. Тому у разі безрезультатного прохання НВ особа може бути покараною більш суворо, ніж за вимагання. Таке може трапитися, наприклад, при вчиненні дій, передбачених ч. 3 або 4 ст. 368 КК, хоч вимагання НВ є більш небезпечною поведінкою, ніж прохання НВ. *De lege ferenda* проблему може бути вирішено шляхом формулювання відповідної кваліфікуючої ознаки таким чином, щоб закінченим злочином вимагання НВ у складі корупційних деліктів визнавалось навіть тоді, коли НВ суб'єкт не одержав з причин, що не залежали від його волі³⁶⁵.

³⁶⁵ Ярмиш Н.М. Про співвідношення «прохання» та «вимагання» неправомірної вигоди як ознак об'єктивної сторони складів корупційних злочинів. *Антикорупційна політика України: актуальні проблеми забезпечення ефективності*: збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2015. С. 223; Ярмиш Н. Вимагання неправомірної вигоди та прохання її надати: складнощі розмежування. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 59, 62.

Про доцільність перенесення моменту закінчення злочину з моменту одержання НВ, прийняття пропозиції чи обіцянки НВ на момент вчинення вимагання НВ ведуть мову й інші вітчизняні науковці³⁶⁶.

Питання про співвідношення одержання НВ, вчиненого службовою особою шляхом вимагання, з одного боку, і злочину проти власності – вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК), з іншого, докладно висвітлюється В.М. Киричком³⁶⁷. Науковець при здійсненні вказаного відмежування пропонує робити наголос на з'ясуванні тих відносин, яким головним чином завдається шкода злочинною поведінкою службової особи. Загалом погоджуючись як з таким підходом, так і кримінально-правовою оцінкою конкретних ситуацій, запропонованих авторитетним дослідником, водночас зауважу, що мені 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

³⁶⁶ Киричко В.М. Вимагання неправомірної вигоди: теоретичні і практичні проблеми, викликані законодавчим вірусом, та їх комплексне рішення. *Проблеми законності*. 2018. Вип. 140. С. 61-77.

Свого часу М.І. Бакай писала про «необхідність криміналізації вимагання хабара та НВ як окремих («автономних») проявів корупційної поведінки (стосується положень, передбачених ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК)...» (див.: Бакай М.І. Імплементация положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. С. 13). Оскільки вказана поведінка згідно з чинним КК визнається злочинною, вести мову у цьому разі саме про криміналізацію недоречно. Водночас змістовно згадана пропозиція перегукується з думкою Н.М. Ярмиш і В.М. Киричка про доцільність визнання вимагання НВ закінченим деліктом. Співзвучні міркування висловлюють окремі зарубіжні дослідники. Вони вказують на те, що природа службового вимагання зазнає змін: це посягання, відділяючись від корупційних угод, примикає до службових злочинів, вчинюваних шляхом примусу, а тому має визнаватись самостійним злочином (див.: Марьяна Е.В. Коррупционные преступления: отраслевое и межотраслевое согласование норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2010. С. 8, 16).

³⁶⁷ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 162-164.

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»³⁶⁸.

До міркувань В.М. Киричка варто додати, що вимагання як кваліфікуюча ознака одержання НВ може набувати завуальованого вигляду тоді, як каране за ст. 189 КК вимагання, у тому числі вчинюване службовою особою з використанням свого службового становища, завжди передбачає відкрите пред'явлення певної майнової вигоди. Також порівнювані діяння відрізняються за предметом, адже НВ може носити і немайновий характер.

У літературі при з'ясуванні співвідношення відповідних складів злочинів говориться про конкуренцію кримінально-правових норм³⁶⁹. Видається, однак, у цьому випадку доречніше вести мову про колізію кримінально-правових норм, як це і робить Н.М. Ярмиш³⁷⁰. Норми про поєднане з вимаганням одержання НВ, вчинене службовою особою, і вимагання, вчинене службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК), перебувають у колізії. Адже ці норми, хоч і спрямовані на врегулювання тих саме відносин (в обох ситуаціях виникає загроза заподіяння шкоди правам і законним інтересам особи внаслідок протиправного використання службовою особою, який висуває майнову вимогу,

³⁶⁸ 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. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2007. Вип. 44. С. 234.

³⁶⁹ Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Кримінальна відповідальність за одержання хабара (ст. 368 Кримінального кодексу України). *Вісник Верховного Суду України*. 2005. № 7. С. 28.

³⁷⁰ 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.* Харків: Право, 2011. С. 321-323.

свого службового становища), змістовно відрізняються між собою і суперечать одна одній³⁷¹. Долаючи позначену колізію, слід виходити з того, що законний інтерес, який належить особі відповідно до законодавства та який страждає при вимаганні НВ, з'являється не в момент висловлення відповідної погрози й сприйняття її потерпілим (що характерно для ч. 2 ст. 189 КК), а раніше – при виникненні в сфері службової діяльності відносин між особою, яка вимушена згодом надати НВ, і службовою особою.

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 як вимагання, вчинене службовою особою з використанням службового становища³⁷². Так, ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 189 КК, убачаються в діях працівника поліції, який вимагає від особи певну грошову суму, погрожуючи в разі невиконання його вимоги штучно створити докази вчинення особою злочину («підкинути» зброю, наркотики тощо) і здійснити в зв'язку з цим кримінальне переслідування особи.

³⁷¹ Водночас аналіз ознак складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні НВ, дозволяє стверджувати, що норма про вимагання (ч. 1 ст. 189 КК) у частині обмеження прав, свобод або законних інтересів потерпілого співвідноситься з нормами про підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ч. 4 ст. 354 КК), прийняття пропозиції, обіцянки або одержання НВ службовою особою (ч. 3 ст. 368 КК), підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ч. 4 ст. 368-3 КК), підкуп особи, яка надає публічні послуги (ч. 4 ст. 368-4 КК), зловживання впливом (ч. 3 ст. 369-2 КК) як частина і ціле. Спільною ознакою зазначених складів злочинів частково є предмет (майно чи право на майно), ознаки об'єктивної (суспільно небезпечне діяння у формі вимагання) та суб'єктивної (прямий умисел) сторони. У такому випадку діє загальновизнане правило, відповідно до якого під час кваліфікації злочину при конкуренції частини і цілого повинна застосовуватися та кримінально-правова норма, яка з найбільшою повнотою охоплює всі фактичні ознаки вчиненого (див.: Желік М.Б. Співвідношення складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно-небезпечні діяння у вигляді прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. *Серпейські перспективи*. 2017. № 3. С. 134).

³⁷² Ярмиш Н.М. Зазначена праця. С. 321-323.

Раніше подібним чином пропонував розв'язувати проблему відмежування складів відповідних 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 особи³⁷³.

Вимагання НВ визнається кваліфікуючою ознакою і такого злочину, як зловживання впливом (ч. 3 ст. 369-2 КК). Проте, на відміну від статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК, законодавець не розкриває зміст цієї кваліфікуючої ознаки, не поширивши на зловживання впливом відповідне легальне визначення. У зв'язку з цим в юридичній літературі набула розповсюдження думка про те, що при застосуванні ч. 3 ст. 369-2 КК варто орієнтуватись не на п. 5 примітки ст. 354 КК, а на ч. 1 ст. 189 КК³⁷⁴.

Фактично з урахуванням специфіки складу злочину «Зловживання впливом» вимагач може погрозувати хіба що тим, що спонукатиме особу, уповноважену на виконання функцій держави, до здійснення неправомірних дій на шкоду потенційному надавачу НВ. Однак загалом конструкція кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-2 КК, навряд чи узгоджується з розумінням вимагання у сенсі вимоги, поєднаної з певною погрозою. Так, особа може за НВ пропонувати (обіцяти) вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави, однак це буде не вимаганням НВ, а караною за ч. 2 ст. 368-2 КК пропозицією (обіцяркою) здійснити відповідний вплив. «Особу, яка здійснює

³⁷³ Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий і кримінологічний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2005. С. 99, 190.

³⁷⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 891; Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 141; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина. С. 838.

підкуп, немає жодного сенсу примушувати до цього, оскільки вона сама бажає надати неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, для того, щоб останній незаконно вплинув на прийняття певного рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави»³⁷⁵. Якщо ініціатором впливу є зацікавлена в ньому особа, а інша особа, спроможна на такий вплив, на прохання про нього відповість, що без НВ цього не робитиме, то і така поведінка, вочевидь, не повинна розглядатись як вимагання НВ, адже має визнаватись передбаченою ч. 2 ст. 369-2 КК обіцянкою здійснити вплив за надання НВ (складовою такої обіцянки)³⁷⁶.

За таких обставин складно погодитись із позицією Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області, який не за ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 3 цієї статті КК засудив старшого державного податкового ревізора-інспектора відділу податкового контролю Козівської міжрайонної ДПІ Тернопільської області. Ця службова особа одержала НВ у вигляді 400 доларів США за вплив на прийняття позитивного рішення та пришивидшення його прийняття службовою особою Тернопільської об'єднаної ДПІ при проведенні документальної позапланової виїзної перевірки суб'єкта підприємницької діяльності з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства і видачі довідки, необхідної для припинення підприємницької діяльності. Як вимагання НВ суд розцінив слова податкового інспектора,

³⁷⁵ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 256-257.

³⁷⁶ Словосполучення «прийняття пропозиції, поєднане з вимаганням» справляє враження нісенітничі. Уявити ситуацію, коли особа вимагає надання певних благ за те, щоб вплинути на когось, також не вдається. Єдине, що спадає на думку: особа може «погрожувати» тим, що без винагороди вона вплив здійснювати не буде. Але це не вимагання винагороди, а своєрідний варіант пропозиції здійснити вплив за винагороду (див.: Ярмиш Н.М. Стаття 369-2 «Зловживання впливом» Кримінального кодексу України як приклад розбалансованості національного антикорупційного законодавства. *Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. С. 134-135).

звернені до особи, яка представляла інтереси фізичної особи-підприємця та яка сама звернулась за допомогою до цього податкового інспектора, про те, що він за НВ може потрібним чином вплинути на службову особу Тернопільської об'єднаної ДПІ, а в разі ненадання йому НВ вплине на цю службову особу таким чином, що в задоволенні заяви фізичної особи-підприємця про припинення його підприємницької діяльності буде відмовлено³⁷⁷.

Вважаю, що наведене висловлювання податкового інспектора не виходило за межі згаданої в ч. 2 ст. 369-2 КК обіцянки за НВ вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави. До того ж сумніваюсь у тому, що це висловлювання означало погрозу саме законним інтересам фізичної особи-підприємця, адже останній, судячи з вироку, був зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи Тернопільської об'єднаної ДПІ – у непроведенні документальної позапланової виїзної перевірки суб'єкта підприємницької діяльності з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства, проведення якої вимагалось згідно з чинним законодавством, і у видачі довідки за результатами такої перевірки.

Натомість правильно вчинив Галицький районний суд м. Львова, коли з ч. 3 ст. 369-2 КК на ч. 2 цієї статті перекваліфікував дії завідувача відділу забезпечення ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на держкордоні та транспорті Львівської регіональної служби державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на державному кордоні та транспортні, який одержав НВ (4 тис. доларів США) за вплив на начальника вказаної служби з метою позитивного вирішення питання щодо отримання одним із

³⁷⁷ Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 8 травня 2013 р. Справа №607/7768/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31451160> (дата звернення: 10.02.2019).

підприємців дозволу на ввезення на митну територію України продуктів тваринного походження. Обґрунтовуючи виключення з обсягу обвинувачення такої кваліфікуючої ознаки зловживання впливом, як вимагання, суд у вироку зазначив, що вказана службова особа жодної вимоги про передачу їй НВ не висловлювала та не ставила підприємця в таке становище, яке б давало йому підстави вважати, що у випадку ненадання НВ він не зможе отримати потрібний дозвіл. Крім того, підприємець був сам зацікавлений у наданні НВ за вплив на начальника Львівської регіональної служби державного ветеринарно-санітарного контролю та нагляду на державному кордоні та транспорті щодо погодження його документів на отримання дозволу на імпорт м'ясопродуктів і, відповідно, добровільно передав підсудному НВ; тим більше, що цей підприємець не був впевнений у тому, що усі його документи оформлені належним чином³⁷⁸.

Використаний у ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції термін «solicitation», перекладений як «вимагання», позначає наполегливе прохання, домагання тощо (своєрідний «автономний» прояв корупційної поведінки), тобто дію, для якої не характерне поєднання з погрозою, притаманне вітчизняному кримінально-правовому поняттю вимагання. Ця обставина, як переконливо доводять В.М. Киричко і К.П. Задоя³⁷⁹, не була взята до уваги при імплементації вказаних конвенційних положень, коли вимаганню (за прикладом складів інших корупційних злочинів, пов'язаних з одержанням НВ) було надано значення кваліфікуючої ознаки. За таких обставин частину 3 із ст. 369-2 КК треба виключити.

³⁷⁸ Вирок Галицького районного суду м. Львова від 27 травня 2014 р. Справа № 461/3370/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38889857> (дата звернення: 10.02.2019).

³⁷⁹ Киричко В.М. Вказана праця. С. 258-261; Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 47.

Ще одна специфічна форма корупційної поведінки – прохання надати НВ – це звернення відповідного змісту (із пропозицією надати НВ) у чіткій формі з розумінням при цьому можливості особи, яка потенційно здатна надати НВ, відмовити в задоволенні такого прохання³⁸⁰. Прохання надати НВ межує з вимаганням НВ, поняття якого розкрито вище. З огляду на лексичне значення слова «прохати» і системне тлумачення КК зазначена дія, на відміну від вимагання НВ, не передбачає будь-яких погроз для прав і законних інтересів особи та умисного створення певних умов, притаманного завуальованому вимаганню, а є лише виявленням бажання суб'єкта «пасивного» підкупу одержати НВ за вчинення або не вчинення ним дій із використанням певного становища або у зв'язку з певною його діяльністю. Як зазначає В.О. Навроцький, найчастіше прохання НВ полягає в: 1) «озвучуванні ціни», за яку особа готова виконати прохання і вчинити відповідне діяння; 2) повідомленні про спосіб, в який прохач може «віддячити» особі; 3) інформуванні, що певна дія може бути вчинена лише після додаткової оплати; 4) зверненні надати вигоду взамін за прискорення вчинення дії; 5) повідомленні, наскільки дорожче обійдеться вирішення відповідного питання в офіційному порядку (оформлення дозволу, сплата тощо). Прохання може бути і завуальованим (написання суми на папері, на екрані тощо)³⁸¹.

Прохання, яке слід відрізнити від натяків, двозначних висловлювань або жестів тощо та яке має адекватно сприй-

³⁸⁰ Виявляється, що неправильний переклад міжнародних конвенцій здатен внести плутанину з питання про зміст окремих форм корупційної поведінки. Зокрема, використаний у Цивільній конвенції про боротьбу з корупцією англійський термін «requesting» був чомусь перекладений як «вимагання» замість «прохання» (див.: Савченко А.В. Щодо змісту окремих форм вчинення корупційних злочинів («пропозиція», «обіцянка», «прохання»). *Сучасна університетська правова освіта і наука: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції*, м. Київ, Національний авіаційний університет, 23 лютого 2018 р. Том 1. Тернопіль, 2018. С. 374).

³⁸¹ Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. С. 95.

матись тим, до кого воно звернене, утворює склад закінченого злочину, передбаченого відповідною нормою КК, за умови, що подія обмежилася проханням, тобто одержати НВ прохачу не вдалося з причин, що від нього не залежать (інша сторона відмовилася надати НВ, або погодилася на прохання, але не встигла його виконати, тощо). Якщо особа прийняла пропозицію чи обіцянку НВ або просила надати її для себе чи третьої особи за вчинення чи не вчинення відповідних дій, а згодом одержала цю НВ, то вчинене треба розцінювати лише як одержання НВ (конкуренція частини і цілого).

Так, за ч. 3 ст. 354 КК кваліфікував суд дії головного спеціаліста відділення військового обліку та бронювання сержантів і солдатів запасу Городнянського районного військового комісаріату, яка спочатку (18 червня 2018 р.) висловила прохання надати НВ у вигляді 200 доларів США за видачу тимчасового посвідчення військовозобов'язаному і зняття його з військового обліку у зв'язку із переїздом в іншу місцевість, а згодом (27 червня 2018 р.), здійснивши дії з використанням свого становища за посадою в інтересах особи, одержала зазначену НВ³⁸².

За ч. 3 ст. 354 КК засудив суд провідного спеціаліста, інженера відділу технічної безпеки Управління з контролю обслуговування житлового фонду комунального підприємства «Жилкомсервіс, який отримав НВ у вигляді 3 тис. грн. за видачу довідки про надання дозволу на розробку проекту встановлення автономного газового опалення в нежитлових приміщеннях³⁸³.

З огляду на сказане, включення у формулу обвинувачення у цьому разі не лише одержання НВ працівником підприєм-

³⁸² Вирок Городнянського районного суду Чернігівської області від 12 вересня 2018 р. Справа № 732/1216/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76411100> (дата звернення: 10.02.2019).

³⁸³ Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 9 серпня 2018 р. Справа № 638/7735/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75814577> (дата звернення: 10.02.2019).

ства, який не є службовою особою, за вчинення чи невчинення дій з використанням становища, яке він займає на підприємстві, а й прохання надати НВ є помилковим.

Неправильно вбачати відмінність прохання надати НВ від вимагання НВ у тому, що «перше не передбачає обов'язковості виконання, а залишає можливість відмови»³⁸⁴. Адже можливість відмови має місце й у випадку вимагання НВ; інша річ, що у зв'язку з його характеристикою така відмова є для особи – адресата вимагання, так би мовити, більш проблематичною. Як слушно зазначається з цього приводу в літературі, при вимаганні НВ особа під впливом погрози перебуває у жорстких умовах, оскільки можуть постраждати її законні інтереси, однак це не позбавляє її можливості зробити власний вибір³⁸⁵.

Звернемось до матеріалів судової практики.

До лікаря-ординатора першого хірургічного відділення комунальної установи «Тернопільський обласний клінічний онкологічний диспансер» звернулася особа з питанням про госпіталізацію та проведення її знайомій операції з видалення пухлини м'яких частин передньої черевної стінки. Лікар повідомив, що проведення таких операцій є одним із напрямів його роботи і водночас що вартість операції становить 2 тис. грн. Особа розцінила це як вимагання НВ, вважаючи, що невиконання вимог лікаря призведе до відмови у проведенні операції або до неякісного її проведення, а це негативно вплине на

³⁸⁴ Овод К.К. Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. С. 115.

³⁸⁵ Ярмиш Н. Вимагання неправомірної вигоди та прохання її надати: складнощі розмежування. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 60.

Тому складно погодитись із думкою В.І. Борисова про те, що вимагання НВ, коли ставляться під загрозу права та законні інтереси особи, позбавляє останню можливості супротиву до невчинення дій на користь службової особи (див.: Борисов В.І. Відгук офіційного опонента на дисертацію О.Д. Ярошенко «Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України)», подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. *Питання боротьби із злочинністю*. 2014. Вип. 28. С. 259-260).

стан здоров'я знайомої, а тому була вимушена погодитися на вимогу лікаря щодо передачі йому НВ.

Оцінюючи вирок Тернопільського міськрайонного суду, з якого взято викладену фабулу, В.І. Осадчий пише, що у вироку йдеться про вимагання НВ, однак цей висновок суду не підтверджується ні погрозами лікаря щодо вчинення ним дій або бездіяльності з використанням свого становища стосовно особи, яка мала надати НВ, ні умисним створенням умов, за яких особа вимушена була надати НВ з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів. Отже, лікар не вимагав НВ, а лише звертався до особи з проханням її надати³⁸⁶.

Таке саме зауваження, на мою думку, буде доречним і щодо засудження за ч. 4 ст. 354 КК завідувача травматологічним відділенням комунального закладу «Новомосковська центральна районна лікарня», лікаря ортопеда-травматолога, який отримав НВ у вигляді 10400 грн. за проведення хірургічної операції «відкрита репозиція на кістковий металоостеосинтез ліктьової кістки» та хірургічної операції «відкрита репозиція на кістковий металоостеосинтез променевої кістки». Не дивлячись на те, що гроші пацієнт надав не з власної ініціативи, а на виконання вимоги лікаря, поставленої як перед, так і після проведення вказаних операцій, у вирокі суду немає жодної інформації про те, що лікар погрожував пацієнту настанням шкідливих наслідків для його прав і законних інтересів або що він умисно створив умови, за яких пацієнт вимушений був надати НВ з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів³⁸⁷.

³⁸⁶ Осадчий В.І. Кримінально-правова характеристика та кваліфікація підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України). Юридична Україна. 2015. № 2. С. 149.

³⁸⁷ Вирок Новомосковського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 27 серпня 2018 р. Справа № 183/3994/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76060612> (дата звернення: 10.02.2019).

Сказане свідчить про відсутність у цьому разі вимагання НВ як кваліфікуючої ознаки.

3.4. Об'єктивна сторона складів корупційних злочинів: проблеми кваліфікації та вдосконалення Кримінального кодексу України

Одним із найбільш дискусійних питань кваліфікації за ст. 368 КК³⁸⁸ є оцінка одержання службовою особою НВ за дію (бездіяльність), яку вона з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) об'єктивно не спроможна вчинити, хоч певна дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає НВ (або для третьої особи) і вважає, що службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність). На мій погляд, зазначена поведінка має кваліфікуватись за ст. 368 КК, однак зустрічається й інші доктринальні підходи до її кримінально-правової оцінки.

Так, посилаючись на текст кримінального закону, в якому йшлося про дії, які хабароодержувач міг або повинен був вчинити завдяки своєму службовому становищу, М.П. Кучерявий не вбачав у такій ситуації всіх ознак одержання хабара³⁸⁹. Погоджуючись з цим висновком, Б.В. Волженкін пропонував розцінювати скоєне службовою особою в такому разі як зловживання службовим становищем, а якщо вона породила умисел на давання хабара, то і як підбурювання до давання хабара³⁹⁰. Виходячи з того, що аналізовані дії службової особи

³⁸⁸ Ст. 368 КК, яка на момент його ухвалення передбачала відповідальність за традиційне для вітчизняного кримінального права одержання хабара, а наразі – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання НВ службовою особою, є однією з найбільш «багатостраждальних» у розділі XVII Особливої частини КК: тричі ця кримінально-правова заборона викладалась у новій редакції, не кажучи вже про інші зміни.

³⁸⁹ Кучерявий Н.П. Ответственность за взяточничество. Москва: Госюриздат, 1957. С. 96-97.

³⁹⁰ Волженкин Б.В., Квашиш В.Е., Цакигян С.Д. Ответственность за взяточничество. Ереван: Айастан, 1988. С. 103.

є реалізацією умислу на заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою, не означають використання винним свого службового становища і передусім заподіюють шкоду відносинам власності, Т.І. Пономарьова пропонує розцінювати такі дії як шахрайство³⁹¹. Такі ж аргументи наводить Д.А. Третьяков³⁹². Трапляються й судові рішення, в яких обстоюється подібний підхід (влучно позначений К.П. Задоею як концепція «реальної можливості»)³⁹³ і вказується на відсутність складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, у випадках одержання службовою особою НВ за дії (бездіяльність), які ця особа не спроможна вчинити по службі. Нерідко здійснюється перекваліфікація вчиненого службовими особами на ст. 190 КК при тому, що така кримінально-правова оцінка скоєного не враховує принаймні суб'єктний склад відповідної злочинної поведінки³⁹⁴.

Так, на за первісно інкримінованою прокуратурою ч. 3 ст. 368, а за ч. 1 ст. 190 КК кваліфікував Вінницький міський суд дії депутата Вінницької обласної ради – голови постійної комісії з питань охорони навколишнього середовища, екобезпеки та раціонального використання надр К., який від директора ПП «Горизонт-ДВ» Ф. отримав 3 тис. доларів США за позитивне рішення вказаної комісії (за підготовку проекту рішення ради про надання погодження Держслужбі геології та надр щодо продажу на аукціоні спеціального дозволу на

³⁹¹ Пономарьова Т.І. Одержання неправомірної вигоди шляхом зловживання довірою: проблеми кваліфікації. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. Харків: Золота миля, 2015. С. 180-182.*

³⁹² Третьяков Д.А. Кримінальна відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 117.

³⁹³ Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. Київ: ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. С. 41-43

³⁹⁴ Юрченко К. Чекісти «наїхали» на батюшку. Суд перекваліфікував хабарництво на шахрайство. *Юридичний вісник України*. 2018. 1-18 січ. (№ 1-2).

користування надрами та розробки Русавської ділянки пісковиків у Ямпільському районі та включення цього проекту в перелік проектів рішень, внесених для розгляду на сесії ради).

Показовим у зв'язку з такою перекваліфікацією вчиненого злочину є коментар одного з адвокатів: «Для того, щоб засудити цього чиновника саме за корупцію, правоохоронцям потрібно було зафіксувати та довести, що він може вплинути на прийняття потрібного рішення. Це зробити дуже складно. Якщо наш посадовець є головою комісії, то потрібно довести вплив на рішення всіх членів цієї комісії. Навіть якщо такий вплив був, наприклад, у формі хабарів, то про це ніхто з членів комісії не скаже. Бо тоді судитимуть усіх. Звідси й шахрайство – цей чиновник формально не міг повпливати на рішення, за яке взяв гроші. Ситуація із шахрайством може бути реальною»³⁹⁵.

Наведений коментар вважаю відверто заангажованим хоча б через те, що для інкримінування службовій особі ст. 368 КК зовсім не обов'язково, щоб вона фактично використовувала своє службове становище для здійснення впливу на членів очолюваної нею депутатської комісії і, тим більше, надавала їм неправомірні вигоди. До того ж каране за ст. 368 КК одержання НВ може мати місце за вчинення діяння, яке «публічна» службова особа вправі вчинити особисто, діючи в межах повноважень, може вчинити з виходом за межі власних повноважень або з використанням можливостей колегіального органу, членом якого вона є.

Переконаний у тому, що в подібних ситуаціях акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти

³⁹⁵ Через примирення з потерпілим суд звільнив депутата, звинуваченого у отриманні \$3000 за рішення по надрам. URL: <http://nashigroshi.org/2018/12/07/cherz-prumyrennia-z-poterpilym-sud-zvil-nyv-deputata-zvynuvachenoho-u-otrymanni-3000-zarishennia-po-nadram> (дата звернення: 10.02.2019).

прийняттю (у тому числі колегіальним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч встановленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо).

Незважаючи на наявність у поведінці службової особи в цьому разі обману, вчинене не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне в злочин проти власності. Адже службова особа розуміє, що НВ пропонується, обіцяється або надається їй за дії чи бездіяльність по службі. Крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що суб'єкт «активного» підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію, обіцянку або надання НВ. Кваліфікація вчиненого в цьому разі за ст. 368, а не, наприклад, за ст. 364 КК «Зловживання владою або службовим становищем» і, тим більше, за ст. 190 КК «Шахрайство» дозволяє врахувати зв'язок між злочинами, передбаченими статтями 368, 369 КК³⁹⁶, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої щонайменше суб'єктивно) посягає на відносини, які становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК.

Доречно пригадати, що, починаючи з моменту ухвалення Закону від 11 липня 1995 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб», законодавець, описуючи ознаки складу аналізованого злочину і (треба так розуміти) схиляючись до сприйняття наведених міркувань, не використовує для характеристики поведінки службової особи зворот «повинна або

³⁹⁶ За загальним правилом, кримінальній відповідальності підлягає як особа, яка запропонувала, пообіцяла чи надала НВ, так і той, хто її одержав, прийняв пропозицію (обіцянку) НВ чи просив надати її. Водночас можливі ситуації, коли одна з цих осіб кримінальній відповідності не підлягатиме (через відсутність ознак загального суб'єкта злочину) або звільнятиметься від неї (ч. 5 ст. 354 КК; див. підрозділ 3.5).

могла вчинити...»³⁹⁷. До того ж фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає НВ, чи в інтересах третьої особи, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК³⁹⁸.

Положення про те, що в розглядуваній ситуації пріоритет повинна мати ст. 368 КК, а не якась інша кримінально-правова заборона, докладно аргументує В.О. Навроцький: 1) обман як спосіб заволодіння майном застосовується саме з використанням службового статусу: не будучи службовою особою, суб'єкт не зміг би заволодіти чужим майном. Будь-який злочин у сфері службової діяльності, у тому числі передбачений ст. 368 КК, може поєднуватись з обманом; 2) шкода законним інтересам особи, яка намагалася здійснити підкуп службової особи, не заподіюється. Таку особу немає підстав вважати потерпілим лише тому, що їй не вдалося домогтись від службової особи бажаної поведінки у своїх інтересах чи інтересах третіх осіб; 3) порушуються суспільні відносини з приводу використання влади, службового становища та пов'язаних з ними можливостей «публічними» службовими особами на засадах непідкупності (з отриманням оплати лише в установленому порядку) та неупередженості (виконання покладених функцій незалежно від підкупу з боку будь-яких осіб);

³⁹⁷ Роз'яснення про те, що відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, що «службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків» (абз. 1 п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»), будучи інерційним, безпідставно не враховує це законодавчу зміну.

³⁹⁸ На користь обстоюваного підходу вказує і п. 39 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції проти корупції, в якому наголошується на призначенні кримінально-правових заборон на кшталт ст. 368 КК. Йдеться про те, що вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй з метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабара. Хабародавець може і не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, проте для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації.

4) порушуються суспільні відносини, які виникають у зв'язку з безпідставним протиправним збагаченням винного, – другий обов'язковий об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК; 5) хабародавець», хоч йому і не вдалося досягти бажаного (відповідної поведінки службової особи), підлягає кримінальній відповідальності за підкуп службової особи (хай і незакінчений) за ст. 369 КК. Діяння ж, передбачене ст. 369 КК, перебуває у закономірному зв'язку з діянням, передбаченим ст. 368 КК; 6) суб'єктивно «хабародавець» сприймає свої дії як давання НВ – дії, завдяки яким можна «вирішити» справу, досягнути власних інтересів або інтересів третьої особи. «Хабарник» також суб'єктивно сприймає свою поведінку як злочинну, вчинену за наявності всіх ознак «хабарництва»; 7) з точки зору «хабарника» головне при використанні ним службового статусу – це не вчинення того чи іншого діяння за отриману НВ, а отримання останньої; 8) саме діяння, за вчинення якого одержується НВ, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ст. 368 КК: його фактичне невчинення не впливає на відповідальність за цією статтею КК³⁹⁹.

Звернемось до матеріалів судової практики.

С. було засуджено за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК за те, що він як прокурор з нагляду за додержанням і застосуванням законів на транспорті Київської області за попередньою змовою зі старшим слідчим цієї прокуратури Ш. вчинив незакінчений замах на одержання 50 тис. доларів США хабара від обвинуваченого за ч. 5 ст. 191 КК Л. за виконання в інтересах останнього дій з використанням наданих йому службових повноважень, – за те, що, здійснюючи нагляд за розслідуванням справи, С. не буде втручатися і скасовувати постановлені Ш. процесуальні рішення, спрямовані на пом'якшення кримінальної відпові-

³⁹⁹ Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. С. 90-91.

дальності Л. В адресованій до ВСУ заяві засуджений С. стверджував, що фактично вчинене ним діяння не є хабарництвом, а має кваліфікуватися як замах на заволодіння чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою, оскільки він як прокурор не мав тих повноважень, за допомогою яких міг би здійснити дії на задоволення інтересів хабародавця.

Готуючи як член НКР при ВСУ науковий висновок у справі С. та оцінюючи позицію заявника, я вимушений був зробити застереження про те, що в цьому разі йдеться про розглядувану кримінально-правову проблему частково. Адже гроші одержувались засудженим за попередньою змовою з Ш., зокрема, за обрання запобіжного заходу, не пов'язаного із взяттям під варту, звільнення з ізолятору тимчасового тримання і перекваліфікацію злочинних дій на іншу (більш сприятливу для хабародавця Л.) частину ст. 191 КК, тобто за виконання працівниками прокуратури дій із використанням свого службового становища. У цій частині немає жодних сумнівів у тому, що вчинене С. і Ш. є службовим злочином – одержанням хабара. Щодо одержання частини грошей за звільнення Л. від кримінальної відповідальності за амністією (це – повноваження виключно суду; до того ж Л. як особа, до якої раніше застосовувалась амністія, не міг бути за законом у такий спосіб звільнений від кримінальної відповідальності), то у цій частині варто вести мову про незаконне одержання службовою особою майнового блага за дію (бездіяльність), яку ця особа в силу свого службового становища об'єктивно не спроможна вчинити, хоч ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає майнове благо (або для третьої особи) і хто вважає, що службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність).

З урахуванням викладених вище аргументів мною було зроблено узагальнюючий висновок про те, що у вироку Подільського районного суду м. Києва від 3 квітня 2013 р.

щодо засудження С. за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК України, залишеному без змін рішенням судів вищих інстанцій, дії С. як незакінчений замах на одержання хабара за обтяжливих обставин кваліфіковані правильно. Формулював я в науковому висновку у справі С. і таке, швидше за все, риторичне питання: хіба Л. погодився б на передачу 50 тис. доларів США прокурорським працівникам, якби не був упевнений у тому, що слідчий Ш. і прокурор С. мають можливість з використанням свого службового становища прийняти бажані для нього рішення у межах розслідування кримінальної справи за ст. 191 КК?

У постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ, якою було відмовлено в задоволенні заяви засудженого С. про перегляд винесених щодо нього судових рішень, фактично знайшла відображення концепція «реальної можливості». Адже тут зазначається, що КК формулює, серед іншого, таку ознаку хабарництва, як залежність між оплаченим хабаром результатом і спроможністю застосування (незастосування) службовою особою своїх повноважень або використання інших можливостей суб'єкта злочину для досягнення бажаного хабародавцю результату⁴⁰⁰. Натомість в інших рішеннях ВСУ простежується несприйняття вказаної концепції.

⁴⁰⁰ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 30 жовтня 2014 р. у справі № 5-28кч14. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/540c8f4d53bbe14c2257d8d0049604f](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/540c8f4d53bbe14c2257d8d0049604f) (дата звернення: 10.02.2019).

Із викладеного, а так само здійсненої ВСУ оцінки ухвал ВССУ від 14 серпня 2012 р. і 22 травня 2014 р., на які в своїй заяві посилався засуджений С., випливає, що одержання службовою особою НВ за діяння, яке ця особа з урахуванням свого службового становища об'єктивно не спроможна вчинити, не повинно було кваліфікуватись як одержання хабара. З урахуванням викладених аргументів вважаю таку позицію неприйнятною.

Цей саме висновок буде доречним і стосовно фабули, описаної в одному з навчальних джерел.

У Вірменії службовець міністерства сів у таксі. Таксистом виявився випускник вишу, який хотів подати заяву про працевлаштування в це міністерство. Чиновник зробив вигляд, що він може допомогти випускнику влаштуватися, давши хід його заяві. За цю послугу чиновнику сплатили 100 дол. Однак насправді він не мав жодного впливу на кадрові рішення в міністерстві, і, оскільки він діяв «не при виконанні своїх функцій», його судили не за одержання хабара, а за шахрайство (див.: Основные понятия и концепции антикоррупционной деятельности: учеб. пособие. Совет Европы, 2015. С. 99-100. URL: <https://rm.coe.int/16806efe98> (дата звернення: 10.02.2019).

Так, за ч. 3 ст. 368 КК було кваліфіковано дії міського голови м. Ніжина, який одержав 420 тис. доларів США за передачу в інтересах хабародавця у власність одного ТОВ нежитлового приміщення. Підтверджуючи правильність вказаної кваліфікації і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що дії останнього не можуть кваліфікуватись за ст. 368 КК, оскільки рішення про виділення у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом (міською радою на сесії), Судова палата у кримінальних справах ВСУ зазначила таке. Представник влади, одним з яких є керівник органу місцевого самоврядування, не вправі одержувати будь-яку винагороду у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Відповідальність за ст. 368 КК настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі (зокрема, голові міської ради), усвідомлює, що дає його саме такій особі та у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості. Враховуються також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавця, мета, яку переслідує останній, та його переконаність в тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач⁴⁰¹.

Судова палата у кримінальних справах ВСУ підтвердила правильність засудження за ч. 3 ст. 368 КК секретаря Винниківської міської ради Львівської області. Ця службова особа вчинила поєднане з вимаганням одержання хабара за внесення на розгляд сесії міської ради питання про надання певному громадянину дозволу на розробку проекту землеустрою і сприяння у прийнятті сесією рішення про надання дозволу на розробку вказаного проекту землеустрою з

⁴⁰¹ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 листопада 2014 р. у справі № 5020кк14. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8B01F3FD82441E4CC2257B1E00499636) (дата звернення: 10.02.2019).

виділення земельної ділянки площею для ведення особистого селянського господарства. Спростовуючи заяву захисника про те, що засуджений не може бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, оскільки рішення про надання у власність земельної ділянки приймалось колегіально депутатським корпусом, а він відповідно до посадових обов'язків лише організовував підготовку до сесії питань, ВСУ зазначив, зокрема, таке. Особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості; ураховується також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавцем, мету, яку переслідує останній, та його переконаність у тому, що цієї мети буде досягнуто завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач⁴⁰². Наявність такої можливості обумовлюється тим, що, обіймаючи посаду секретаря міської ради,

⁴⁰² Керуючись викладеним висновком ВСУ, Касаційний кримінальний суд у складі ВС підтвердив правильність засудження за ч. 3 ст. 368 КК суб'єкта, який, обіймаючи посаду начальника управління ветеринарної медицини в Черкаському районі Черкаської області – головного державного інспектора ветеринарної медицини району та будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, одержав від підпорядкованого вказаному управлінню лікаря ветеринарної медицини НВ у розмірі 12 тис. грн. за тимчасове залишення останнього на назначеній посаді та включення його до штату Черкаської районної ветеринарної лікарні. Тим самим не була задоволена касаційна скарга захисника засудженого, в якій оспоровалась кримінально-правова оцінка дій згаданої службової особи як одержання НВ. Адвокат стверджував, що засуджений не був наділений службовими повноваженнями щодо залишення надавача НВ на посаді, оскільки відповідно до вимог законодавства офіційний (уповноважений) лікар ветеринарної медицини признається та звільняється з посади органом вищого рівня. На думку захисника, засуджений одержав від лікаря кошти за вчинення вказаних в обвинуваченні дій, які він не мав реальної можливості вчинити, а тому заволодів чужим майном шляхом обману, тобто вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 190 КК «Шахрайство». Касаційний кримінальний суд у складі ВС із наведених вище міркувань не погодився з адвокатом, вирішивши, що засуджений одержав НВ за вчинення дій з використанням свого службового становища – за включення лікаря ветеринарної медицини до штатного розпису Черкаської районної ветеринарної лікарні в Черкаському районі і залишення йому статусу офіційного лікаря ветеринарної медицини на певний час (попри підготовлений раніше лист-клопотання перед Державною ветеринарною та фітосанітарною службою України). При цьому обсяг повноважень, якими засудженого як службову особу було наділено щодо діяльності офіційного лікаря ветеринарно-санітарного нагляду, контролю за ними, а також набуття та втрата статусу офіційного лікаря, включення до штату та його підпорядкування державному інспектору визначались відповідними нормативно-правовими актами, наказами, положеннями тощо (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 6 березня 2018 р. Справа № 712/4212/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670504> (дата звернення: 10.02.2019)).

суб'єкт здійснював організаційно-розпорядчі функції, оскільки відповідав за внесення в порядок денний сесії міської ради питань про виділення земельних ділянок. Тобто на момент вчинення інкримінованих йому діянь засуджений був службовою особою – суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК⁴⁰³.

Так само Судова палата у кримінальних справах ВСУ підтвердила правильність засудження, зокрема, за ч. 2 ст. 368 і ч. 1 ст. 366 КК сільського голови, яка, використовуючи надану їй владу, поставила свій підпис на підроблених нею документах (довідці сільської ради про те, що за певною особою закріплена земельна ділянка, та рішенні сільської ради про надання дозволу на розробку технічної документації із землеустрою), а також скріпила їх печаткою сільської ради та видала зацікавленій особі, за що одержала від неї хабара. При цьому відповідне рішення депутатами сільської ради не ухвалювалось. ВСУ не була взята до уваги заява захисника про те, що сільський голова не мала реальної можливості вирішувати питання про виділення громадянам земельних ділянок, оскільки цими повноваженнями наділені виключно депутати на пленарному засіданні сесії сільської ради, і саме депутатами ради ухвалювалось рішення про обов'язкове внесення благодійного внеску як умови наділу земельної ділянки⁴⁰⁴.

Водночас слід мати на увазі, що якщо особа з певних причин не розуміє, що надає службовій особі саме НВ, то вона не може нести відповідальність за ст. 369 КК. Тобто не буде складу злочину, передбаченого цією статтею КК, коли той, хто пропонує, обіцяє або надає майнове чи немайнове благо, помилково вважає, що його передача здійснюється:

⁴⁰³ Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-149кц16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/A96C0E6638A0921EC225808800431EE9](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/A96C0E6638A0921EC225808800431EE9) (дата звернення: 10.02.2019).

⁴⁰⁴ Постанова Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 грудня 2016 р. у справі № 5-383кц(15)16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1380D36B81BB8008C2258097004921E9](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1380D36B81BB8008C2258097004921E9) (дата звернення: 10.02.2019).

а) правомірно (наприклад, відбувається сплата штрафу або офіційно оплачуються певні послуги); б) благо признається як оплата за реалізацію професійних прав та обов'язків, відмінних від використання влади або службового становища службової особи. Дії одержувача НВ у таких випадках за наявності підстав можуть кваліфікуватись, зокрема, за ст. 364 КК.

Для наявності складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, не має значення: 1) чи була НВ запропонована, обіцяна, одержана або прохання про її надання висловлено до або після вчинення (не вчинення) службовою особою обумовлених такою вигодою дій з використанням службового становища; 2) чи було заздалегідь обумовлено одержання НВ; 3) чи вчинила службова особа дії (бездіяльність) в інтересах того, хто пропонує, обіцяє, надає НВ, або в інтересах третьої особи і чи збиралася вона їх вчиняти.

За чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому аспекті не відрізняється від її попередніх редакцій, а так само від ст. 168 КК 1960 р. «Одержання хабара», правова оцінка одержання «неправомірної вигоди-підкупу» і «неправомірної вигоди-подяки» має бути однаковою. Ст. 368 КК не розрізняє вказані різновиди злочину, встановлюючи за їхнє вчинення однакову відповідальність, що, зрозуміло, не означає однакової суспільної небезпеки: підкуп традиційно розглядається як більш суспільно небезпечне діяння, ніж одержання НВ, якому домовленість між сторонами корупційної угоди не передувала, але яке також посягає, зокрема, на встановлений порядок оплати службової поведінки відповідних суб'єктів. Вказана обставина підлягає врахуванню при призначенні покарання в порядку звернення до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК.

Позначена проблема, як відомо, має давню історію в тому сенсі, що в юридичній літературі тривалий час велась дискусія щодо виокремлення таких різновидів караного наразі за ст. 368 КК злочину, як «хабар-підкуп» і «хабар-подяка», і

взагалі доречності існування кримінальної відповідальності за останній. Криміналізація одержання «неправомірної вигоди/подяки» зазвичай пояснюється тим, що необумовлені неправомірні вигоди: а) нерідко надаються службовій особі з розрахунком користуватись її послугами в майбутньому; б) руйнують систему публічного управління; в) можуть мати своїм результатом прагнення службової особи одержувати їх від усіх тих, хто вимушений звертатись до неї⁴⁰⁵. Ні під час ухвалення чинного КК, ні в ході подальших його змін в Україні не була сприйнята рекомендація Модельного кримінального кодексу для країн СНД 1996 р. не визнавати злочином через малозначність вчиненого одержання публічним службовцем майна, права на майно або іншої майнової вигоди як подарунка за відсутності попередньої домовленості за вже вчинену дію (бездіяльність), що не порушує службові обов'язки цього службовця, якщо вартість подарунка не перевищує одного мінімального розміру заробітної плати, встановленого законодавством.

Щоправда, такий традиційний підхід українського законодавця, послідовно підтримуваний і судовою практикою, не повною мірою узгоджується зі статтями 2, 3 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, де наголошується на необхідності криміналізації лише підкупу національних державних посадових осіб. З цього приводу у п. 43 Пояснювальної записки до

⁴⁰⁵ Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1994. С. 22-26.

На думку В.О. Навроцького, співвідношення у часі між діяннями, які є ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, та поведінкою службової особи може бути принаймні таких типів: «хабар-підкуп» – спочатку одержується НВ, приймається пропозиція чи обіцянка такої вигоди, висловлюється прохання надати вигоду, а вже потім виконується обумовлена дія чи має місце утримання від неї; «хабар-подяка» – спочатку виконується дія, а потім має місце одержання НВ. При цьому малоймовірними чи взагалі немислимими є прийняття пропозиції, обіцянки, однак, може мати місце прохання «віддячити» за вже вчинену дію чи бездіяльність (див: Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. С. 102).

Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією можна прочитати, що одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею злочином відповідно до Конвенції не є.

Ще більш гостро вказана проблема постає стосовно підкупу службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368-3 КК) і підкупу особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК). Адже використання у назвах цих статей терміну «підкуп»⁴⁰⁶ наводить на думку про те, що склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК (сказане стосується і ч. 3 ст. 368-4 КК), буде наявним лише в тому разі, коли належний суб'єкт одержує НВ (приймає пропозицію чи обіцянку такої вигоди) за вчинення обумовлених дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень. Тобто запропонована (обіцяна) або фактично надана НВ повинна не просто передувати в часі вчиненню дій (бездіяльності) службової особи юридичної особи приватного права з використанням наданих їй повноважень, а надавати відповідне спрямування поведінці одержувача НВ по службі, зумовлювати відповідне використання ним своїх службових повноважень.

Водночас із диспозиції ч. 3 ст. 368-3 КК такий висновок не випливає. Якщо тлумачити цю кримінально-правову норму буквально, то можна стверджувати, що ознаки передбаченого нею складу злочину (всупереч найменуванню останнього) вбачаються і в поведінці тієї службової особи юридичної

⁴⁰⁶ У кримінальному законодавстві окремих європейських країн (і не лише стосовно службових злочинів) знаходять відображення підхід, у межах якого виділяється як «активний», так і «пасивний» підкуп. Наприклад, за кримінальним законодавством Австрії, Данії, Нідерландів, Норвегії, ФРН і Швеції підкуп, утворюючи склад окремого злочинного посягання на виборчі права, охоплює поведінку і того, хто здійснює підкуп виборця, і того, хто продає свій голос. Водночас використання цього зарубіжного досвіду *de leg ferenda* навряд чи доречне. Адже звернення до тлумачних словників української мови показує, що поняттям підкупу не охоплюється так званий пасивний підкуп, тобто заборонена поведінка одержувача НВ. З огляду на те, що термін «підкуп» позначає дії особи, яка пропонує, обіцяє або надає НВ, і не може позначати дії того, хто таку вигоду отримує (погоджується на відповідну пропозицію, обіцянку), використання цього терміну в назвах статей 368-3, 368-4 КК можна вважати виправданим лише частково.

особи приватного права, яка за вчинені в минулому дії (бездіяльність) з використанням наданих їй повноважень одержує заздалегідь необумовлену НВ. І в цьому випадку має констатуватись зв'язок між одержанням НВ (прийняттям пропозиції, обіцянки такої вигоди), з одного боку, і відповідною поведінкою службової особи юридичної особи приватного права по службі, з іншого.

З метою узгодження назви ст. 368-3 КК і розміщених у ній кримінально-правових норм, а також для більш послідовної реалізації втіленої в КК (починаючи з 2011 р.) ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення в публічній і приватній сферах (див. підрозділ 3.2) Я.В. Ризак запропонувала у ч. 1 і ч. 3 ст. 368-3 КК вказати на те, що НВ пропонується, обіцяється, надається та одержується (пропозиція, обіцянка вигоди приймається) за вчинення обумовлених дій чи бездіяльності відповідного суб'єкта по службі⁴⁰⁷. Зрозуміло, що якщо рухатись шляхом сприйняття згаданих міжнародно-правових стандартів, то мусимо визнати необхідність внесення аналогічних змін, зокрема, і до ст. 368 КК.

Цілком очевидно є і та обставина, що в разі визнання злочином одержання «неправомірної вигоди-подяки» (так, як це і передбачено чинною редакцією ст. 368 КК) існує ризик віднесення до числа кримінально караних діянь, які позбавлені суспільної небезпеки та які з урахуванням конкретних обставин могли б на підставі ч. 2 ст. 11 КК розцінюватись як малозначні вчинки. Якщо поведінка службової особи на користь іншої особи була правомірним, позбавленим особливого сприяння здійсненням службових повноважень і не супроводжувалась з боку цієї службової особи очікуванням тієї чи іншої вигоди, то її одержання в майбутньому не може

⁴⁰⁷ Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 4-5, 9, 15-16.

кваліфікуватися за ст. 368 КК, бо в цьому разі розривається зв'язок, виражений словами «за вчинення чи невчинення...». У таких ситуаціях зв'язок між одержанням певного блага і поведінкою належного суб'єкта по службі не є визначальним, і на перший план виходять інші моменти (почуття вдячності, чемності, прихильності тощо), а благо не стає НВ⁴⁰⁸.

Однак чинна редакція ст. 368 КК (всупереч, як вже зазначалось, ст. ст. 2, 3 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції) цих нюансів не враховує, у зв'язку з чим наведені вище міркування при бажанні можуть бути розцінені як прояв обмежувального тлумачення кримінального закону. Тому загалом має рацію Н.М. Ярмиш, яка вбачає підставу для інкримінування ст. 369 і ст. 368 КК у такій змодельованій нею ситуації: «Людина, відчуваючи вдячність за те, що службова особа, не висловлюючи до неї жодних прохань, навіть не натякаючи на якусь винагороду, чесно виконала свою роботу, тобто сумлінно задовольнила її законний інтерес, від щирого серця підносить за це службовій особі якийсь «подарунок» (принаймні так людина це називає)»⁴⁰⁹. Повторю, однак, що не варто виключати можливість кримінально-правової оцінки скоєного в подібних

⁴⁰⁸ В.М. Ширяев писав, що кримінально-правові норми про хабарництво не мають на меті заглушити у громадян почуття вдячності до тих чи інших органів влади, які спонукали це почуття чесним виконанням покладених на них обов'язків (див.: Ширяев В.Н. Взятничество и лиходействие в связи с общим учением о должностных преступлениях. Уголовно-юридическое исследование. Ярославль, 1916. С. 474-475, 502).

Ще один дореволюційний вчений О.В. Лохвицький зауважував, що якщо подарунок дається чиновнику через приязнь, поза будь-якою службовою дією, то це, звичайно, не хабарництво; тут постає не чиновник, а просто людина (див.: Лохвицкий А. Курс русского уголовного права. Санкт-Петербург, 1867. С. 407-408).

У подібному ключі висловлювався відомий дослідник проблематики кримінальної відповідальності за службові злочини Б.В. Волженкін: якщо матеріальна цінність отриманого в знак подяки предмета є явно незначною (букет квітів, коробка цукерок тощо), і з боку особи, яка вручила такий предмет, це було виключно знаком вдячності, уваги, то треба вести мову лише про службовий проступок, який не досяг суспільної небезпеки, притаманної злочину (див.: Волженкин Б.В. «Обычный подарок» или взятка? *Законность*. 1997. № 4. С. 25).

⁴⁰⁹ Ярмиш Н. Про співвідношення одержання неправомірної вигоди з одержанням забороненого подарунка. *Вісник прокуратури*. 2016. № 6. С. 51.

ситуаціях за допомогою ч. 2 ст. 11 КК. За всіх зрозумілих ризиків (у тому числі корупційних) такого алгоритму поведінки правозастосувача він видається більш прийнятним, ніж надання суду на підставі оновленої ч. 1 ст. 129 Конституції України фактичної можливості оцінювати кримінальний закон (у нашому випадку – ст. 368 КК) на предмет того, чи є він правовим у сенсі справедливим.

До слова ч. 2 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції» з певними застереженнями дозволяє особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняним до них особам приймати подарунки, що відповідають загально визнаним уявленням про гостинність⁴¹⁰. Якщо така поведінка, будучи дозволеною, не визнається адміністративно караною, то чому тоді поведінка, що відповідає загально визнаним уявленням про гостинність, беззастережно має розцінюватись як злочинна?

Законодавче встановлення заборон та обмежень щодо подарунків є одним з інструментів, покликаних виключати виникнення конфлікту інтересів. Поняття подарунка слід відрізнити від поняття НВ як предмета корупційних злочинів. При цьому, як зазначають міжнародні фахівці, нерідко державні посадові особи одержують подарунки, які можуть бути хабарами⁴¹¹. На корупціогенність поведінки, пов'язаної з подарунками, вказує і прислів'я, яке говорить: маленькі подарунки дозволяють обзавестись великими друзями.

Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків має розцінюватись як передбачений

⁴¹⁰ Про оцінний характер поняття «загально визнаних уявлення про гостинність» див.: Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / В.С. Ковальський, О.І. Миколенко, Є.Л. Стрельцов, О.І. Клименко. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 99-100; Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. Хавронюк М.І. Київ: Ваіте, 2017. С. 184-185; Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. Т.О. Коломoeць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 237-239.

⁴¹¹ Коррупция: глоссарий международных стандартов в области уголовного права. OECD, 2007 (п. 3.8). URL: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/41194582.pdf> (дата звернення: 10.02.2019).

ст. 1725 КУпАП проступок. Відмежовуючи останній від складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, слід, серед іншого, виходити з того, що: а) у згаданій статті КУпАП говориться про порушення певних обмежень, а не заборон; б) п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», хоч і має назву «Обмеження щодо одержання подарунків», забороняє особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону (це в тому числі «публічні» службові особи, спроможні нести відповідальність за ст. 368 КК), безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку зі здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Виходить, що, на відміну від того, хто вчиняє злочин (ст. 368 КК), особа, котра скоює адміністративний проступок (ст. 172-5 КУпАП), одержує подарунок не «у зв'язку», тобто не за виконання (невиконання) в інтересах певної особи дії з використанням службового становища, а, умовно кажучи, просто так, порушуючи при цьому приписи антикорупційного законодавства⁴¹².

⁴¹² НАЗК інкримінувало народному депутату України те, що він порушив встановлені законом обмеження щодо одержання подарунку у вигляді пільги – зниження вартості квартири у м. Києві площею 194 кв. м. на загальну суму 1 млн 801 тис. 648 грн, що у 1307,43 разів перевищує мінімальну заробітну плату. Захисник депутата заявив суду клопотання про закриття провадження, мотивуючи його тим, що в матеріалах справи відсутні будь-які докази одержання НВ у вигляді пільги і використання наданих особі як народному депутату України повноважень. Крім того, сторона захисту акцентувала увагу на тому, що отримана знижка була загальнодоступною і не пов'язаною з діяльністю особи як народного депутата України. Саме адвокатська позиція знайшла відображення в постанові Печерського районного суду м. Києва від 15 лютого 2017 р. у справі № 757/60931/16-п. Суд вирішив, що «з матеріалів справи не вбачається факту наявності зв'язку між отриманням особою знижки та використанням своїх повноважень як народного депутата України, не встановлено конкретні повноваження, у зв'язку з виконанням яких останнім отримано знижку та доведеності впливу на особу, яка надала знижку».

З приводу наведеного судом обґрунтування відсутності складу правопорушення, передбаченого ст. 172-5 КУпАП, у діях народного депутата України слід вказати на те, що воно було доречним, якщо стосовно фігуранта вирішувалось питання про наявність (відсутність) в його поведінці складу злочину, передбаченого ст. 368 КК. На відміну від того, хто вчиняє злочин (ст. 368 КК), особа, котра скоює адміністративний проступок (ст. 172-5 КУпАП), одержує подарунок не «у зв'язку» (як на цьому наголошував адвокат депутата), тобто не за виконання (невиконання) в інтересах певної особи дії з використанням службового становища.

Коментуючи ст. 8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», Р.Л. Максимович пише, що для наявності корупційного правопорушення має бути встановлений зв'язок між одержанням подарунка і виконанням особою, яка його одержала, функцій держави або місцевого самоврядування. «Якщо такий зв'язок у конкретному випадку не доведено або встановлено, що таке одержання мало місце не у зв'язку з виконанням особою функцій держави або органів місцевого самоврядування, то особа не підлягає юридичній відповідальності»⁴¹³. Хотів би уточнити, що відсутність зазначеного зв'язку унеможливорює інкримінування ст. 368 КК, але не ст. 172-5 КУпАП. Утім, Р.Л. Максимович має рацію в тому сенсі, що згідно з оновленим антикорупційним законодавством відмінне від злочину, передбаченого ст. 368 КК, адміністративно каране порушення встановлених законом обмежень щодо подарунків визнається не корупційним правопорушенням, а правопорушенням, пов'язаним із корупцією.

Тут доречно нагадати, що, аналізуючи положення вітчизняного антикорупційного законодавства зразка 2009 р., Л.П. Брич вказувала на незрозумілість співвідношення понять «особистий подарунок» і «хабар», які відображали предмети, відповідно, проступку, передбаченого ст. 212-32 КУпАП «Незаконне одержання подарунка», і злочину, описаного в ст. 368 КК «Одержання хабара», що, на думку згаданої авторки, унеможлилювало визначення співвідношення між складами вказаних правопорушень. Благо, що приймається у зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, якщо воно носить майновий характер, традиційно в кримінальному праві вважається хабаром. У зв'язку з цим у Л.П. Брич ставила резонне запитання: чи

⁴¹³ Максимович Р.Л. Коментар до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції». Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. С. 118-119.

будь-який хабар називатиметься подарунком, чи лише певні різновиди того, що за чинним КК визнається хабаром, згідно з антикорупційним законодавством ідентифікуватимуться як подарунок? Порівняльний аналіз ст. 368 КК, ст. 212-32 КУпАП і ст. 5 Закону «Про засади попередження та протидії корупції» дозволив вченому стверджувати, що згідно з діючим на той момент законодавством злочин «одержання хабара» міг мати місце, коли винагорода одержується не у зв'язку з абстрактним виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Отримання ж іншого стимулювання, зокрема, майнового характеру могло визнаватись одержанням подарунка і тягнути за собою адміністративну відповідальність⁴¹⁴.

Чинна редакція ст. 172-5 КУпАП, на відміну від її попередньої редакції, не передбачає відповідальності за порушення встановленої законом заборони щодо одержання подарунка (пожертви). Існування такої адміністративно-правової заборони дозволяло констатувати наявність колізії між положеннями КК і КУпАП, змушувало вести мову про те, що відбулася (причому безпідставно) часткова декриміналізація діянь, які з погляду КК взагалі-то мають розцінюватись як злочинне одержання хабара (наразі – НВ). Невипадково ч. 2 попередньої редакції ст. 172-5 КУпАП характеризувалась в юридичній літературі як лазівка, яка дозволяє уникати кримінальної відповідальності, як свідчення того, що ухвалення Закону 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» проблему розмежування

⁴¹⁴ Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України). *Юридичний вісник України*. 2010. 8-14 трав. (№ 19).

злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства остаточно не розв'язало⁴¹⁵. Врешті-решт вказаний корупціогенний «люфт», який при бажанні дозволяв розцінювати як адміністративний проступок злочинну поведінку корупціонерів, був усунутий. «Добре, що сьогодні не передбачена адміністративна відповідальність за подарунок, заборонений у зв'язку із тим, що він одержаний за виконання чи невиконання певних дій, пов'язаних зі службовими функціями особи. Добре – тому, що такий вид одержання нібито забороненого подарунка насправді є одержанням неправомірної вигоди, яке передбачено ст. 368 КК України»⁴¹⁶.

З урахуванням ч. 2 ст. 9 КАП одержання «публічною» службовою особою подарунка, забороненого п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК (зокрема, за відсутності малозначності діяння). Фактично в згаданій нормі Закону «Про запобігання корупції» йдеться не про подарунок (хай навіть і заборонений), а про НВ як предмет корупційного злочину, у зв'язку з чим ця норма потребує виключення із Закону «Про запобігання корупції».

Такої ж позиції дотримується М.І. Хавронюк, який пише, що за наявності зв'язку «подарунка» з виконанням відповідним суб'єктом функцій держави або місцевого самоврядування ст. 172-5 КУпАП не застосовується, а відповідальність

⁴¹⁵ Дудоров О., Зеленов Г. Відповідальність за корупційні злочини. Огляд основних новел кримінального законодавства. *Юридичний вісник України*. 2013. 28 верес. – 4 жовт. (№ 39); Загинеї З.А. Проблеми співвідношення статті 368 Кримінального кодексу України та частини 2 статті 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення. *Актуальні сучасні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції*: збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції, 23 травня 2014 р., м. Харків. Том І. Харків: ХНУВС, 2014. С. 56-59.

⁴¹⁶ Ярмиш Н. Зазначена праця. С. 50.

повинна наставати за ст. 368 або ст. 368-4 КК⁴¹⁷. Оцінюючи матеріали судової практики, дослідник справедливо вбачає ознаки корупційного злочину у випадках: одержання уповноваженою особою винагороди (1 тис. грн. і пачки цигарок) за непритягнення правопорушника до адміністративної відповідальності; одержання посадовою особою юридичної особи публічного права 1 тис. грн. за сприяння в прискоренні та отриманні пацієнтом довідки про інвалідність; одержання головним архітектором відділу ЖКГ РДА машини піску вартістю 1740 грн. за надання позитивного листа-висновку щодо самовільної прибудови до магазину⁴¹⁸. Позицію М.І. Хавронюка поділяють В.В. Мозгова та І.В. Ольшанецький, які пишуть, що за своїм змістом «заборонений подарунок», одержаний особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у зв'язку з виконанням цих функцій, є НВ, за одержання якої повинна наставати кримінальна відповідальність (ст. 368 КК). Водночас дослідники констатують розповсюдженість хибної судової практики, у межах якої фактично кримінально карана поведінка належних суб'єктів тягне за собою адміністративну відповідальність за ст. 172-5 КУпАП⁴¹⁹.

З урахуванням викладеного складно погодитись з пропозицією К.В. Берднікової кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за ст. 172-5 КУпАП одержання відповідним суб'єктом незаконної вигоди за належне виконання службових обов'язків на тій підставі, що в цьому разі немає порушення обмежень щодо

⁴¹⁷ Такої ж думки дотримуються й інші автори. Див., зокрема: Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 239.

⁴¹⁸ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 381-401; Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. Хавронюк М.І. Київ: Ваіте, 2017. С. 184.

⁴¹⁹ Мозгова В., Ольшанецький І. Порушення антикорупційних обмежень щодо одержання подарунків: питання кваліфікації. *Вісник прокуратури*. 2016. № 11. С. 64-68.

використання службового становища⁴²⁰. По-перше, зазначена поведінка «публічної» службової особи посягає на відносини, які становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК. По-друге, фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає НВ, чи в інтересах третьої особи знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК. Тобто у поведінці суб'єкта, яка оцінюється К.В. Бердніковою, вбачаються всі ознаки одержання «неправомірної вигоди-подяки», про проблеми кримінально-правової кваліфікації якого йшлося вище.

Із цих саме міркувань помилковою слід визнати висловлену в юридичній літературі думку вбачати одну з відмінностей між порівнюваними деліктами в тому, що злочин, передбачений ст. 368 КК, є закінченим за наявності двох обов'язкових умов – реалізації службових повноважень в інтересах іншої особи та одержання вигоди за це тоді, як для проступку, описаного в ст. 172-5 КУпАП, достатнім є факт одержання подарунка, а виконання (невиконання) дій в інтересах дарувальника значення не має⁴²¹. Викладена позиція ігнорує існуючу конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 368 КК.

О.З. Гладун, як і згадані науковці, не сумнівається в тому, що порушення абсолютної заборони, закріпленої в п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції» утворює об'єктивну сторону кримінально караного одержання НВ і має (залежно від категорії спеціального суб'єкта) кваліфікуватись як відповідний злочин, зокрема, за ст. 368 КК. З'ясувавши

⁴²⁰ Берднікова К.В. Особливості нового антикорупційного законодавства у сфері адміністративної відповідальності за порушення встановлених законодавством обмежень щодо одержання подарунків. *Адміністративне право і процес*. 2015. № 1. С. 113.

⁴²¹ Адміністративна відповідальність за правопорушення, пов'язані із корупцією: *практ. посібник* / К.Л. Бугайчук, О.І. Безпалова, О.В. Джафарова, В.О. Іванцов, С.О. Шатрава. Харків: ХНУВС, 2016. С. 31-32.

співвідношення між заборонаю одержувати подарунки та обмеженнями щодо їх прийняття, дослідник робить висновок про те, що адміністративна відповідальність за порушення заборони, закріпленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», унеможлиблюється, оскільки в чинній редакції ст. 172-5 КУпАП про порушення встановленої законом заборони щодо одержання подарунка не йдеться. Виходячи з того, що п. 2 ч. 1 ст. 23 вказаного Закону присвячена випадкам «задобрювання» керівництва з розрахунком на подальше лояльне ставлення чи певне сприяння в роботі, О.З. Гладун вважає, що одержання керівником такого подарунка у зв'язку зі здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, повністю охоплюється положенням п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», порушення якого, як вже зазначалось, тягне за собою кримінальну відповідальність, а тому п. 2 як надмірну заборону з ч. 1 ст. 23 вказаного Закону слід виключити⁴²².

Нагадаю, що п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції» забороняє відповідному суб'єкту вимагати, просити, одержувати подарунки від юридичних або фізичних осіб, якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такого суб'єкта. О.З. Гладун, звичайно, має рацію, коли пише, що існування заборони на певні дії виключає можливість розглядати їх з погляду наявних обмежень. Звідси впливає некоректність назви ст. 23 згаданого Закону «Обмеження щодо одержання подарунків», адже в цій статті говориться і про заборони (ч. 1), і про обмеження (ч. 2) стосовно подарунків. Щодо ситуації з юридичною оцінкою порушення заборони, встановленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», то вона, на мою думку, позбавлена однозначності.

⁴²² Гладун О.З. Обмеження щодо одержання подарунків: міжнародні стандарти та вітчизняні положення. *Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. С. 17-21

По-перше, сумніви в доречності звернення в цьому разі до ст. 172-5 КУпАП справді існують (бо порушення заборони – це не порушення обмеження, і про дотримання правил законодавчої техніки тут говорити, на жаль, не доводиться) при тому, що формальних перешкод для застосування згаданої адміністративно-правової заборони, мабуть, немає (позаяк назва і зміст ст. 172-5 КУпАП узгоджені принаймні з назвою ст. 23 Закону «Про запобігання корупції»). Показово, що в юридичній літературі (всупереч точці зору О.З. Гладуна) стверджується, що з об'єктивної сторони правопорушення, передбачене ст. 172-5 КУпАП, полягає в порушенні відповідним суб'єктом вимог закону стосовно заборони або обмежень щодо одержання подарунка⁴²³. Подібну думку висловлює В.М. Киричко⁴²⁴.

По-друге, на відміну від О.З. Гладуна, я б не став беззастережно вбачати в порушенні заборони, закріпленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції», порушення п. 1 ч. 1 цієї статті – підставу для настання кримінальної відповідальності. Адже з погляду кваліфікації за ст. 368 КК про злочинне одержання від підлеглих НВ за сприятливе ставлення (за збереження добрих стосунків, за певну лінію поведінки по службі, «про всяк випадок», «за встановленою хибною практикою», за протегування, заступництво тощо) можна вести мову лише в тому разі, коли відповідне ставлення виражається в певних діях чи бездіяльності службової особи по службі. У зв'язку з цим у вирокі, на підставі якого суб'єкт

⁴²³ Державна антикорупційна політика і запобігання та протидія корупції на публічній службі в органах державної влади і органах місцевого самоврядування: монографія / за ред. проф. Ю.В. Ковбасюка і проф. В.Л. Федоренка. Київ: Вид-во Ліра-К, НАДУ, 2016. С. 215.

⁴²⁴ Киричко В.М. Про ключове значення категорії суспільної небезпечності для вирішення питань про співвідношення понять неправомірної вигоди і подарунка та відповідальність за порушення заборон щодо них. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 92.

засуджується за ст. 368 КК, має бути зазначено, за виконання (невиконання) яких конкретних дій з використанням службового становища «публічна» службова особа одержала НВ. Так, покровительство може виражатись в захисті від неприємностей по роботі, просуванні по службі, наданні більш вигідної роботи, першочерговому забезпеченні сировиною і матеріалами, а потурання – у nereагуванні на правопорушення, не перешкоджанні їх вчиненню, не притягненні до встановленої законом відповідальності тощо. Такі міркування, засновані на здобутках кримінально-правової доктрини і підходах, вироблених судовою практикою, були висловлені мною в науково-практичному коментарі до ст. 368 КК⁴²⁵. За викладених обставин більш доречним (порівняно з виключенням п. 2 із ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції») вважаю шлях удосконалення ст. 172-5 КУпАП. Оцінюючи наукову позицію О.З. Гладуна, зверну увагу і на те, що якщо бути послідовним у частині неототожнення пов'язаних із подарунками заборон та обмежень, то потрібно ставити питання про вилучення з ч. 1 ст. 23 згаданого Закону не лише п. 2, а й п. 1.

Критикуючи обстоюваний М.І. Хавронюком, О.З. Гладуном, В.В. Мозговою, Н.М. Ярмиш і деякими іншими науковцями підхід щодо розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, В.М. Киричко характеризує його як такий, що не враховує суспільну небезпечність як базову категорію кримінального права. Посилаючись на легальне визначення поняття корупції (ст. 1 Закону «Про запобігання корупції»), в якій фігурує мета схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, дослідник стверджує, що лише в тому разі, коли особа прагне в такий

⁴²⁵ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 233.

спосіб задовольнити свій незаконний інтерес, обидві сторони корупції підлягатимуть кримінальній відповідальності, зокрема, за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК. Відповідно, відсутність зазначеної мети і незаконного інтересу вказує на відсутність суспільної небезпечності в діях обох сторін. Тому, наприклад, у випадку надання подарунка державному службовцю за добросовісне виконання ним своїх службових обов'язків для цього суб'єкта має наставати не кримінальна, а адміністративна (ст. 172-5 КУпАП) відповідальність. Робиться висновок про те, що порушення встановлених ст. 23 Закону «Про запобігання корупції» обмежень у вигляді заборон щодо одержання подарунків за жодних умов не може кваліфікуватись як одержання НВ за статтями КК, оскільки воно є правопорушенням, пов'язаним із корупцією, яке відповідно до ст. 1 вказаного Закону не містить ознак корупції, та яке не є суспільно небезпечним діянням⁴²⁶.

Вважаю позицію В.М. Киричка конструктивною, проте в аспекті *de lege ferenda*. Вище мною висловлювались, вочевидь, співзвучні міркуванням цього вченого думки про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК що деяких позбавлених суспільної безпеки випадків одержання «неправомірної вигоди-подяки». Однак загалом позиція В.М. Киричка *de lege lata* навряд чи може бути підтримана. Річ у тім, що в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції» зроблено застереження, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі». Водночас у ч. 3 ст. 3 КК недвозначно сказано, що злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Одним із проявів неузгодженості між переліком корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК), їхнім законодавчим описанням і легальним визначенням

⁴²⁶ Киричко В.М. Зазначена праця. С. 91-92.

поняття корупції (про це вже йшлося у підрозділі 3.1) є те, що ним не охоплюється обіцянка, пропозиція або надання НВ з метою схилити відповідного суб'єкта до правомірного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей у той час, як вказана і «дзеркальна» поведінка вважається складовою корупційних злочинів, караних за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК. Законодавче визначення поняття корупції не дає, як на мене, однозначної відповіді на питання, чи охоплюється цим визначенням одержання «неправомірної вигоди-подяки»; звідси, однак, висновок про незлочинність такої поведінки не впливає. Оскільки регулювання відносин, пов'язаних із кримінальною відповідністю за корупційний злочин і звільненням від такої відповідальності, є виключною прерогативою КК, неузгодженості між цим Кодексом і Законом «Про запобігання корупції» не повинні братись до уваги при вирішенні питання про розмежування правопорушень, передбачених чинними редакціями ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП.

Як бачимо, кримінально-правовою доктриною вироблено більш-менш усталений і загалом прийнятний підхід до юридичної оцінки одержання «публічною» службовою особою «забороненого подарунка», згідно з яким така поведінка має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак передбаченого цією статтею складу корупційного злочину (включаючи відсутність малозначності діяння). Водночас для забезпечення однаковості і стабільності правозастосовної практики, яка нерідко ігнорує вказаний теоретичний підхід, безпідставно надаючи перевагу ст. 172-5 КУпАП, конче необхідні чіткі, сформульовані ВС орієнтири. Останніх на сьогодні явно бракує. Крім цього, для більш чіткого розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, вже на законодавчому рівні п. 1 із ч. 1 ст. 23 Закону «Про запобігання корупції» слід виключити.

Оскільки чинна редакція ст. 368 КК не враховує міжнародно-правові зобов'язання України в частині оцінки одержання «неправомірної вигоди-подяки», проблема декриміналізації такої поведінки потребує фахового обговорення і врешті-решт розв'язання, у тому числі в контексті чіткого законодавчого (а не пов'язаного з дискреційним застосуванням ч. 2 ст. 11 КК) невизнання злочинною поведінки, скерованої загальноновизнаними уявленнями про вдячність і гостинність. У випадку сприйняття законодавцем такої ідеї вдосконалена ст. 172-5 КУпАП має передбачати відповідальність не лише за порушення встановлених законодавством обмежень щодо подарунків і заборонене одержання подарунків від підлеглих, а і за декриміналізовану у вказаний спосіб поведінку⁴²⁷.

Якщо особа прагнула одержати НВ, наприклад, у великому розмірі, а фактично одержала лише її частину, яка, однак, також є вигодою у великому розмірі, то розрив між задуманим і реально вчиненим злочином не може вважатись істотним і не впливає на кримінально-правову оцінку вчиненого як закінченого діяння. Обидві суми перебувають у діапазоні однієї кваліфікуючої ознаки (великий розмір НВ), а тому злочин має кваліфікуватись за ч. 3 ст. 368 КК без посилання на ст. 15. Якщо ж службова особа мала намір одержати НВ у великому розмірі, а фактично одержала лише її частину, яка не є вигодою у великому розмірі, то нереалізованість умислу повинна знайти відображення в кваліфікації злочину. Одержання частини НВ за істотної розбіжності між умислом службової особи та його реальним втіленням потрібно

⁴²⁷ Ведучи мову про кримінально-правові аспекти дарування, не слід забувати про осіб, одержання подарунків якими не регулюється Законом «Про запобігання корупції» та які, відповідно, не є суб'єктами правопорушення, передбаченого ст. 172-5 КУпАП. Основними ознаками подарунка, які відрізняють останній від НВ як предмета злочину, караного за ст. 354 КК, є: добровільність; час надання (після надання послуги); відсутність взаємообумовленості; невідчужуваність; ініціатором надання подарунка є пацієнт; навіть якщо подарунок очікується, то він не вимагається; розмір (величина) подарунка (див.: Залялова І.М. Подарунок медичному працівнику як форма підкупу. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2018. № 1. С. 89-95).

розцінювати не як закінчений злочин, а за спрямованістю умислу – як замах на злочин, передбачений частиною 2, 3 або 4 ст. 368 КК.

Однак у частинах 2–4 ст. 368 КК встановлено відповідальність не тільки за фактичне одержання службовою особою НВ в зазначених розмірах, а і за прийняття пропозиції, обіцянки надати таку вигоду або прохання про її надання у відповідному розмірі. Тому якщо службова особа спочатку прийняла пропозицію (обіцянку) НВ або висловила прохання надати її в значному, великому або особливо великому розмірі, а згодом одержала НВ в меншому, ніж очікуваний, розмірі, то вчинене має кваліфікуватись як закінчений злочин за тією частиною ст. 368 КК, яка передбачає відповідальність за діяння в значному, великому або особливо великому розмірі.

Обсяг повноважень особи, про які зазначається в частинах 1 і 3 ст. 368 КК «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», встановлюється відповідно до законодавства та локальних документів конкретної юридичної особи приватного права (статут, положення, інструкція, наказ тощо). Проте з ужитого в ч. 3 ст. 368 КК звороту «з використанням наданих їй повноважень» випливає, що поведінка, за яку суб'єкт одержує НВ (приймає пропозицію, обіцянку НВ), повинна обмежуватися діяннями тільки в межах службової компетенції і виключати використання цією особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою⁴²⁸. У цьому вбачається

⁴²⁸ Таку ж думку, аналізуючи склад злочину, передбаченого ст. 364-1 КК, висловлює Д.О. Сисоев: використане в ч. 1 ст. 364-1 КК формулювання «використання ... службовою особою ... своїх повноважень» при позначенні зловживання повноваженнями виключає можливість визнавати таким зловживанням використання службовими особами юридичних осіб приватного права своїх можливостей, які мають характер набуття авторитету посади, використання службових зв'язків, вказівок по службі й контролю за їх виконанням (див.: Сисоев Д.О. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми: кримінально-правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. С. 12, 188).

відмінність об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК, від об'єктивної сторони прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою НВ (у ч. 1 ст. 368 КК використовується зворот «за вчинення чи невчинення... будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища»). При цьому службова особа юридичної особи приватного права в силу займаної посади за одержану (пропоновану, обіцяну) НВ може чинити вплив на осіб, не підпорядкованих їй по службі.

Отже, є підстави констатувати прогалину в КК, яка зумовлена використанням не до кінця продуманої термінології та яку не можна заповнити (з огляду на різницю в адресах НВ) зверненням до ст. 3692 КК «Зловживання впливом». З огляду на сказане і на ст. 1 Закону «Про запобігання корупції», зворот «з використанням наданих їй повноважень» у диспозиціях ч. 1 і ч. 3 ст. 3683 КК доцільно замінити словосполученням «з використанням наданих їй повноважень або обумовлених ними можливостей». Тому складно погодитись із П.П. Андрушком, який, порівнявши формулювання ст. 368 і ч. 3 ст. 368-3 КК, більш правильно називає позицію законодавця щодо криміналізації одержання НВ службовою особою юридичної особи приватного права, в описанні якого використано термінологічний зворот «з використанням наданих їй повноважень»⁴²⁹.

Ще одним аргументом на користь пропонованої новели є потреба подолати обмежувальне тлумачення звороту «використання наданих їй повноважень», коли останній протиставляється поняттю «зловживання наданими повноваженнями», а ч. 3 (4) ст. 368-3 КК пропонується інкримінувати лише у випадку одержання належним суб'єктом НВ (прийняття

⁴²⁹ Андрушко П.П. Доктринальне тлумачення, окремі кримінально-правові аспекти застосування статті 369-2 КК України (Зловживання впливом). *Юридичний вісник України*. 2014. 12-18 квіт. (№ 15).

ним відповідної пропозиції, обіцянки) за правомірні діяння, що впливають з його службових повноважень. При цьому ст. 21 Конвенції ООН проти корупції вказує на те, що НВ надається відповідній службовій особі для того, щоб вона вчинила будь-яку дію чи утрималась від вчинення дій, порушуючи свої обов'язки. Однак, порушуючи свої службові обов'язки, винуватий використовує не стільки свої службові повноваження, скільки своє службове становище в широкому розумінні цього поняття⁴³⁰.

Об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК «Зловживання впливом», характеризується діями у вигляді: пропозиції НВ; 2) обіцянки НВ; 3) надання НВ. Причому названі альтернативні дії (а для наявності складу злочину достатньо вчинення хоча б однієї з них) своїм первинним «адресатом» мають того, хто пропонує чи обіцяє (погоджується) за НВ або за надання такої вигоди третій особі вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Ця уповноважена особа (умовно кажучи, третя особа) виступає своерідним перспективним «адресатом» злочинних дій, перерахованих у ч. 1 ст. 369-2 КК. Під рішенням особи, уповноваженої на виконання функцій держави, слід розуміти як саму дію (бездіяльність) з метою вирішення того чи іншого питання, так і її результат (бездіяльності) – оформлення і прийняття відповідного документа⁴³¹.

⁴³⁰ Виходячи з відповідних міжнародно-правових рекомендацій, М.І. Хавронюк вважає, що в частинах 1 і 3 ст. 368-3 КК *de lege ferenda* має йти лише про вчинення дій чи бездіяльність на порушення обов'язків службової особи юридичної особи приватного права, визначених законом або договором (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019)).

⁴³¹ Причому, на відміну від ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, де говориться про одержання внаслідок зловживання впливом неправомірної переваги, для наявності складу злочину, передбаченого тією чи іншою частиною ст. 369-2 КК, не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення було неправомірним.

Більше того: ч. 1 ст. 369-2 КК позначає й поведінку особи, якій спрямована відповідна пропозиція (обіцянка): така особа пропонує чи обіцяє (погоджується) за НВ або за надання такої вигоди третій особі вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Зазначена поведінка, передуючи впливу на уповноважену особу, засвідчує, що згідно з ч. 1 ст. 369-2 КК злочином визнається підкуп іншої особи – суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті КК.

В юридичній літературі висловлюється думка про те, що згідно з чинною редакцією ч. 1 ст. 369-2 КК на суб'єкта злочину, передбаченого цією нормою, покладається відповідальність не тільки за його особисту діяльність – пропозицію або надання НВ, а й за діяльність «контрагента» – пропозицію, обіцянку або згоду вплинути на уповноважену особу. Стверджується, що така конструкція ч. 1 ст. 369-2 КК порушує один із конституційних принципів, закріплених у ст. 61 Основного Закону України: «Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер»⁴³². Не вбачаючи у цьому разі порушення згаданого конституційного припису, як і ґрунту для труднощів кваліфікації, водночас зауважу, що складна структура діяння, описаного в диспозиції ч. 1 ст. 369-2 КК і спрямованого на подвійного адресата, є нетиповою для інших кримінально караних проявів активної корупції. З цього приводу Н.М. Ярмаш слушно зазначає, що ч. 1 ст. 369-2 КК містить вказівку на «відгук» особи, якій спрямована пропозиція, – погодження на пропозицію чи обіцянку. Тому об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК, буде виконана повністю лише за умови, що особа, до якої звертаються, «обіцяє (погоджується)» за НВ вплинути на особу, яка виконує функції держави. Без цього погодження

⁴³² Арманов М. Застосування та вдосконалення кримінального законодавства у сфері протидії корупції. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. № 2. С. 50-51.

«пасивного» корупціонера з боку «активного» має місце лише замах на пропозицію чи обіцянку, тобто суб'єкт нестиме відповідальність за 2 ст. 15 та ч. 1 ст. 369-2 КК⁴³³.

Усупереч буквальному розумінню звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави», використаного в тексті ст. 369-2 КК, до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, раніше могли бути віднесені також: 1) особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування; 2) особи, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (це, зокрема, посадові особи юридичних осіб публічного права та особи, які надають публічні послуги, – аудитори, нотаріуси, оцінювачі, експерти, арбітражні керуючі тощо); 3) особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважених на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Наведене тлумачення законодавчого звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави» виходило з того, що вказані три категорії осіб перераховувались у пунктах 1-3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», який продовжує фігурувати в примітці ст. 369-2 КК⁴³⁴. Щоправда, вказаний Закон не є чинним, адже наразі (починаючи з 26 квітня 2015 р.) діє Закон від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції».

⁴³³ Ярмиш Н.М. Стаття 369-2 «зловживання впливом» Кримінального кодексу України як приклад розбалансованості національного антикорупційного законодавства. *Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. С. 132-133.

⁴³⁴ Примітки як один із засобів законодавчої техніки – дієвий інструмент кримінально-правового регулювання, використання якого дає змогу скоректувати застосування тих чи інших кримінально-правових приписів, внести зміни у механізм реалізації кримінальної відповідальності. Примітки містять, хоч і допоміжну, проте важливу інформацію, яка розширює та поглиблює наше уявлення про ситуацію, на яку розрахована певна кримінально-правова норма.

З.А. Загинею висловила думку про те, що відсилка у бланкетній примітці ст. 369-2 КК до нечинного нормативно-правового акта (Закон «Про засади запобігання і протидії корупції») перешкоджає встановленню нормативного змісту такої ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею КК, як суб'єкт, а визначення кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з урахуванням Закону «Про запобігання корупції» порушувало б принцип законності; як наслідок, примітка ст. 369-2 КК не має юридичної дії⁴³⁵.

Уточню, що особу, уповноважену на виконання функцій держави, якій присвячена розглядувана примітка, немає підстав визнавати суб'єктом кримінально караного зловживання впливом⁴³⁶. Щодо допущеної законодавцем помилки, поміченої З.А. Загинею та іншими дослідниками⁴³⁷, то вона, на жаль, уже не дивує з урахуванням тієї «якості» законотворчості, яку останніми роками демонструє парламент. З урахуванням пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України) та

⁴³⁵ Загинею З. Кримінально-правова герменевтика: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2015. С. 174-175.

⁴³⁶ На думку В.О. Навроцького, згадана у ст. 369-2 КК особа, уповноважена на виконання функцій держави, фактично перебуває у становищі, яке характеризується поняттям «поза межами складу злочину». Діяння такої «третьої» особи не охоплюються ст. 369-2 КК, і цілком можливо, що вона навіть не здогадується про те, що інші особи розраховують на її сприяння чи обіцяють його. Відповідна майбутня поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, є метою дій «активного» корупціонера і предметом обіцянки суб'єкта «пасивного» зловживання впливом. Тому є підстави вважати дії щодо вказаної «третьої» особи характеристикою суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 369-2 КК.

⁴³⁷ Книженко О. Застосування статті 369-2 Кримінального кодексу України порушує принцип законності: проблеми законотворчої техніки, судова практика. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. С. 146-150; Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019); Ярмиш Н.М. Законодавчі вади як чинник нетипових проблем щодо зворотної дії кримінального закону. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності*: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 2 березня 2018 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 101-104.

підпорядкованої (допоміжної) ролі приміток статей КК⁴³⁸, вважаю, що сумнівність примітки ст. 369-2 КК не повинна перешкоджати застосуванню цієї статті КК⁴³⁹.

De lege lata до згаданих у ст. 369-2 КК осіб, уповноважених на виконання функцій держави, належать лише особи, вказані в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» і водночас не належать особи, які: а) уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування і, до речі, згадані у цьому ж пункті Закону (зокрема, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови, посадові особи місцевого самоврядування); б) прирівняні до тих, хто виконує функції держави або місцевого самоврядування; в) займають відповідні посади в юридичних особах приватного права або виконують роботи, надають послуги відповідно до договору; г) є кандидатами на відповідні посади. Відзначу також, що віднесення згідно з чинним раніше законодавством до числа осіб, у зв'язку з очікуваним впливом на яких вчиняються заборонені ст. 369-2 КК дії, службових осіб юридичних осіб приватного права

⁴³⁸ З цього приводу В.О. Навроцький, переконаний у тому, що незастосування примітки ст. 369-2 КК не означає нечинності цієї статті загалом, пише, що примітка є складовою статті КК, яка лише додатково роз'яснює її зміст. Вона не містить вказівки на обов'язкові ознаки складу злочину – такі ознаки вказуються в диспозиції статті. Сама по собі примітка не визначає підставу кримінальної відповідальності, а допомагає правильно застосувати диспозицію статті КК. Нечинність примітки ст. 369-2 КК означає, що диспозиції цієї статті повинні застосовуватися без врахування змісту примітки. Зміст відповідних кримінально-правових понять треба встановлювати на загальних засадах. Більшість статей Особливої частини КК не містять приміток, що не перешкоджає встановленню змісту викладених у цих статтях понять та їхньому застосуванню. Отже, нечинність примітки ст. 369-2 КК веде до обмеження кола осіб, вплив на прийняття рішення якими тягне за собою кримінальну відповідальність за цією статтею КК, порівняно з тим, як це мало місце раніше, коли відповідний закон (і примітка) діяли (див.: Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронока. Київ, 2019. С. 128-129).

⁴³⁹ Інший підхід полягає в тому, що допоки вказана законодавча вада не буде усунута, кваліфікація певних суспільно небезпечних діянь за ст. 369-2 КК порушуватиме ч. 4 ст. 3 КК (заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією), а тому є неприйнятною. Вироки ж судів, які продовжують увалюватися за цієї статтею КК, характеризуються як неправосудні (див.: Методичні рекомендації щодо участі прокурора у судовому кримінальному провадженні про злочини у сфері службової діяльності в суді першої інстанції. Схвалено на засіданні науково-методичної ради Генеральної прокуратури України (протокол № 5 від 26 червня 2017 р.). С. 11).

суперечило ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і змушувало у черговий раз говорити, що Україна виконала міжнародно-правові рекомендації щодо криміналізації зловживання впливом «із запасом».

De lege ferenda примітку ст. 369-2 треба сформулювати таким чином, щоб вона не поширювала свою дію на службових осіб юридичних осіб приватного права. В.І. Осадчий запропонував використовувати в удосконаленій ст. 369-2 КК словосполучення, яке вживається як в Законі «Про запобігання корупції», так і в статтях 366-1, 368-2 КК, – «особи, уповноважені на виконання функцій держави і місцевого самоврядування»⁴⁴⁰. На мою думку, з метою узгодження положень КК та чинного антикорупційного законодавства в ст. 369-2 КК (включаючи її примітку) слід вказати на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та осіб, прирівняних до них. Тобто маються на увазі особи, вказані в пунктах 1 і 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції».

Ст. 369-2 КК не конкретизує характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, у зв'язку з чим складається враження, що це може бути не лише умовляння та його різновиди (прохання, переконання, порада, обіцянка тощо), а і будь-яка інша дія, спроможна неправомірно внести корективи в процес ухвалення рішення згаданою особою. У зв'язку з цим окремі дослідники, з'ясовуючи зміст впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, пишуть, що цей вплив може бути

⁴⁴⁰ Осадчий В.І. Корупційні злочини: монографія. Київ: Вид-во Європейського ун-ту, 2016. С. 71-72.

Підтримуючи цю пропозицію, О.О. Книженко пише, що конвенційне поняття «державна посадова особа» не можна ототожнювати з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, оскільки виконання функцій місцевого самоврядування також належить до сфери діяльності державних посадових осіб (див.: Книженко О. Зазначена праця. С. 149).

здійснений і забороненим способом (йдеться про застосування фізичного та психічного насильства)⁴⁴¹. Видається, однак, що на питання про можливість визнання впливом, згаданим у ст. 369-2 КК, поведінки на кшталт погроз і фізичного насильства треба давати негативну відповідь. Виходжу з того, що таке широке розуміння впливу суперечить як етимології слів «зловживання впливом», використаних у назві ст. 369-2 КК, так і основній ідеї криміналізації зловживання впливом як прояву «фонової» корупції, відображеній у міжнародно-правових документах, у порядку імплементації яких з'явилась аналізована кримінально-правова заборона. З антикорупційних конвенцій (див. підрозділ 3.1) випливає, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або навіть удаваний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, так би мовити, міняє цей вплив на НВ, що надається тим, хто бажає скористатися цим впливом.

Такої ж точки зору дотримується К.П. Задоя, який пише, що у випадку віднесення до числа форм впливу тих із них, які спрямовані на пригнічення волевиявлення особи (застосування насильства, погроз, шантажу тощо), втрачається логіка криміналізації зловживання впливом як окремого типу суспільно небезпечної поведінки, адже таким впливом не можна зловживати у власному розумінні цього слова⁴⁴². Справді у випадках погроз вбивством, знищенням або пошкодженням майна, шантажування і навіть видання наказу (розпорядження) вести мову про «зловживання впливом» і, тим більше, про «торгівлю впливом» недоречно. Водночас якщо особа пропонує, обіцяє або надає НВ «торговцю впли-

⁴⁴¹ Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 141; Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина. С. 838.

⁴⁴² Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 63.

вом», схилиючи його при цьому здійснити вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом вчинення певного злочину, то дії такої особи за наявності підстав потребують додаткової кваліфікації як підбурювання до вчинення того чи іншого злочину (маються на увазі, наприклад, статті 343, 344, 364, 376 КК).

Та обставина, що безпосередньо сам вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, значення для кваліфікації за ст. 369-2 КК не має (він знаходиться поза межами складів злочину, описаних у різних частинах цієї статті), певною мірою не узгоджується з її назвою. Фактично у ст. 369-2 КК йдеться про поведінку, що передую впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Тут доречно нагадати, що попередня редакція розділу XVII Особливої частини КК містила аналогічну з досліджуваною заборону – ст. 369-1 КК «Зловживання впливом». Аналізуючи останню, В.І. Тютюгін відзначав, що саме зловживання таким впливом і повинно каратися за цією нормою. Однак назва цієї статті КК зовсім не відповідає змісту її диспозиції, оскільки з усіх її частин вбачається, що відповідальність за ст. 369-1 КК тягне не здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, а пропозиція, надання чи одержання НВ як умови здійснення такого впливу. Що ж стосується способу здійснення самого впливу, діянь, що складають його зміст, наслідків їх вчинення, характеру рішення (законне чи незаконне), прийнятого особою, на яку здійснюється такий вплив, – усе це знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину. Таким чином, сам по собі вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, жодним чином не карається за ст. 369-1 КК, хоч назва цієї норми говорить про інше⁴⁴³.

⁴⁴³ Тютюгін В. Новели кримінального законодавства щодо посилення відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблема для вирішення? *Юридичний вісник України*. 2010. 6-12 лют. (№ 6).

Сказане стосується співвідношення назви та диспозицій і чинної редакції статті КК, присвяченої зловживанню впливом. У ст. 369-2 КК передбачено відповідальність за посягання, в якому сам вплив є метою того, хто здійснює підкуп, та обіцянкою «посередника». При цьому кваліфікація дій особи, яка одержує НВ (приймає відповідну пропозицію, обіцянку), залежить від того, яким чином вона планує впливати або здійснює вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Зокрема, фактичне здійснення впливу, якщо у ньому вбачається склад іншого злочину, потребує додаткової кваліфікації за відповідними статтями КК. Якщо внаслідок впливу на уповноважену особу остання вчинила той чи інший злочин, то дії особи-посередника мають, крім ч. 2 ст. 369-2 КК, кваліфікуватись як підбурювання до цього злочину. Сама ж особа, уповноважена на виконання функцій держави, у випадку вчинення нею злочину в результаті здійсненого на неї впливу підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

Караний за ч. 2 ст. 369-2 КК вплив, який особа пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається НВ, може бути зумовлений у тому числі довірчими, родинними, близькими і дружніми стосунками цієї особи з тим, хто уповноважений на виконання функцій держави. Таку думку висловлює Н.О. Кочерова, водночас уточнюючи, що відповідний вплив не може бути зумовлений владою чи службовим становищем особи-посередника⁴⁴⁴. Зроблене уточнення вважаю проявом обмежувального тлумачення кримінального закону (про це йтиметься нижче), однак загалом із підходом Н.О. Кочерової слід погодитись.

⁴⁴⁴ Кочерова Н.О. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом: соціальна обумовленість і склад злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2012. С. 5.

Вироком Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області за ч. 3 ст. 369-2 КК було засуджено генерального директора ТОВ «Комунальник-Нікополь», яке надавало послуги з утримання будинків, споруд і прибудинкових територій у м. Нікополі. Від підприємця, який мав намір отримати в оренду нежитлове приміщення для ведення своєї підприємницької діяльності, ця службова особа одержала НВ, переконавши підприємця в тому, що вона має знайомих у керівництві виконавчого комітету Нікопольської міської ради, до повноважень яких входить передача комунального майна в оренду, і що її знайомства достатньо для вирішення питання про надання або відмову в наданні підприємцю в оренду нежитлового приміщення. При цьому допитані в судовому засіданні члени виконкому Нікопольської міської ради, а також члени комісії міської ради з питань передачі в оренду майна одностайно заявили, що з приводу оренди вказаного нежитлового приміщення до них ніхто не звертався⁴⁴⁵.

У діях засудженого вбачаються ознаки складу злочину «зловживання впливом», у зв'язку з чим із кваліфікацією цих дій за ст. 369-2 КК загалом слід погодитись (сумніви виникають лише в частині інкримінування вимагання як обтяжливої обставини). Наведений приклад із судової практики спонукає нагадати, що в Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією у контексті криміналізації зловживання впливом говориться про осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатись зі свого професійного становища або соціального статусу. Видається, що засуджений за зловживання впливом генеральний директор ТОВ «Комунальник-Нікополь» належить до числа таких осіб. Водночас про родинні, дружні чи інші подібні стосунки

⁴⁴⁵ Вирок Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 7 листопада 2014 р. Справа № 182/4358/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41304102> (дата звернення: 10.02.2019).

між людьми, позбавлені, так би мовити, професійного чи соціального навантаження, у згаданому джерелі нічого не говориться. Виходить, що з питання про характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, можемо констатувати невідповідність тексту досліджуваної кримінально-правової заборони «духу» міжнародно-правового документа, на виконання положень якого ст. 369-2 з'явилась у КК. Очевидно і те, що охоплення поняттям впливу з погляду кваліфікації за цією статтею КК використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, не повністю узгоджується із законодавчим визначенням поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 Закону «Про запобігання корупції») (див. також підрозділ 3.1).

Згаданий у ст. 369-2 КК вплив, на мій погляд, може полягати і в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу в широкому розумінні вказаного поняття, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, які сама службова особа (суб'єкт «пасивного» зловживання впливом) вчинити не може. Вважаю за доречне звернутись тут до матеріалів кримінальної справи сумнозвісного «колядника» Зварича.

Нагадаю, що вироком Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 р. Зварича було засуджено, зокрема, за ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК за те, що він, обіймаючи протягом 2007–2008 рр. посаду голови Львівського апеляційного адміністративного суду і використовуючи фактичні можливості свого службового становища, неодноразово одержував хабарі у великих та особливо великих розмірах за виконання чи невиконання в інтересах третіх осіб дій під час відправлення судочинства в очолюваному ним суді. Правильність такої

кваліфікації дій засудженого підтвердили Апеляційний суд м. Києва (ухвала від 30 березня 2012 р.) і колегія суддів Судової палати в кримінальних справах ВССУ (ухвала від 6 листопада 2012 р.). У заяві адвоката про перегляд ВСУ вказаних ухвал ставилось, серед іншого, питання про перекваліфікацію дій засудженого Зварича з інкримінованої йому ст. 368 КК «Одержання хабара» на ст. 369-2 КК «Зловживання впливом».

Одна з ключових проблем, пов'язаних із кваліфікацією дій Зварича, зводилась до розуміння використаного в попередніх редакціях ст. 368 КК звороту «за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища». Позначена проблема не є новою для кримінально-правової науки. Частина дослідників виступала за обмежувальне тлумачення поняття «використання службового становища» в складі злочину «одержання хабара», розуміючи під ним лише використання службових повноважень, вчинення діянь, обумовлених виключно службовою компетенцією хабароодержувача. Водночас переважна більшість науковців обстоювала так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара і, не зводячи його до діянь у межах службової компетенції, включала в це поняття використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. При цьому увага зверталась, зокрема, на те, що жодна службова особа не уповноважується на перевищення службових повноважень, на вчинення інших незаконних і, тим більше, злочинних діянь. У разі ж сприйняття вузького розуміння використання службового становища

(діяння, зумовлені виключно службовою компетенцією особи) випадки отримання майнових винагород за незаконні діяння по службі не будуть охоплюватись складом одержання хабара, що вважалось неправильним. Адже незаконне використання особою свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою, є не менш суспільно небезпечним, ніж діяння в межах службової компетенції⁴⁴⁶.

Саме такий підхід традиційно сприймався судовою практикою, у тому числі на рівні роз'яснень Пленуму ВСУ. Цим і пояснюється наявність у п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснення, згідно з яким відповідальність за одержання хабара настає і в тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу⁴⁴⁷.

У межах викладеної усталеної правової позиції і теоретики, і практики виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи). За таких обставин правильність кваліфікації скоєного зваричем як одержання хабара на момент інкримінування йому ст. 368 КК сумнівів не викликала. Адже особи, які

⁴⁴⁶ Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1994. С. 33-35; Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. Київ: Парламентське вид-во, 2000. С. 85-86.

⁴⁴⁷ Зроблю застереження: посилання на цю постанову Пленуму ВСУ на сьогодні можуть бути визнані доречними за умови, що наведені в ньому роз'яснення не суперечать істотно (щоб не сказати – кардинально) оновленому протягом останніх років законодавству про кримінальну відповідальність за злочини у сфері службової діяльності.

передавали незаконні майнові винагороди йому як голові Львівського апеляційного адміністративного суду, розраховували на те, що він, використовуючи в їх інтересах можливості свого службового становища, відповідним чином вплине на суддів очолюваного ним суду при прийнятті останніми процесуальних рішень. Усвідомлював цю обставину і керівник суду, який був представником влади і, відповідно, службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття. Тому слід погодитись із твердженням, наведеним у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 25 квітня 2013 р. у справі щодо Зварича, про те, що засуджений, будучи службовою особою, одержував хабарі, використовуючи фактичні можливості свого службового становища як голови суду. Посилання засудженого на те, що він не вчинив дій в інтересах хабародавців, до уваги прийматись не повинні і на кваліфікацію одержання хабара не впливають, оскільки поведінка хабароодержувача по службі (виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади чи службового становища) знаходиться поза межами складу злочину «одержання хабара».

Однак викладений підхід не враховує змін в антикорупційному законодавстві. Поява в КК заборони, присвяченої зловживанню впливом, поставило питання про доречність широкого тлумачення поняття «використання службового становища», вжитого в ст. 368 КК (включаючи її чинну редакцію), і розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК. В юридичній літературі ці питання вирішуються суперечливо. На мій погляд, питання про вказане розмежування найбільш вдало вирішують П.П. Андрушко і В.М. Киричко, які ґрунтують свої міркування в тому числі на відповідних міжнародно-правових документах.

Так, П.П. Андрушко висловив думку про те, що законодавець з усіх форм одержання хабара вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання хабара (наразі – НВ) за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для хабародавця (третьою особою), які сам одержувач хабара (НВ) вчинити не може. Як наслідок, має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка має вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. Відповідно, злочинні дії, свого часу інкриміновані Зваричу, виокремлені законодавцем у самостійний склад злочину (ч. 2 ст. 369-2 КК), за який передбачено більш м'яку (порівняно зі ст. 368 КК) кримінальну відповідальність⁴⁴⁸.

Подібним чином розмірковує В.М. Киричко, на переконання якого суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може виступати лише той, хто здатен впливати на особу, уповноважену на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями (обумовлених такими повноваженнями). Формулювання «з використанням наданої їй влади чи службового становища», зазначене в ст. 368 КК, здатне охопити і «службовий вплив» (вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями). Слова «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво, позначають той службовий вплив, який, починаючи з моменту набрання

⁴⁴⁸ Андрушко П.П. Доктринальне тлумачення, окремі кримінально-правові аспекти застосування стаття 369-2 КК України (Зловживання впливом). *Юридичний вісник України*. 2014. 12-18 квіт. (№ 15).

чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», виділений в спеціальну норму – ч. 2 ст. 369-2 КК. Отже, склади злочину, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК, є спеціальними щодо складів злочину, передбаченого ст. 368 КК⁴⁴⁹. Цієї ж точки зору дотримується й інші науковці⁴⁵⁰.

Узагальнюючи викладене, роблю висновок про те, що в цій частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка, як відомо, повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі⁴⁵¹. На користь зробленого висновку вказують і пункти 65, 66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де говориться таке: відмінність між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить учинити дію або утриматися від дії, як би це належало зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну

⁴⁴⁹ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 237, 245-246.

⁴⁵⁰ Желік М.Б. Співвідношення складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно-небезпечні діяння у вигляді прийнятті пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. *Європейські перспективи*. 2017. № 3. С. 133-134; Лашук Н. Дія в часі кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за зловживання впливом. *Історико-правовий часопис*. 2015. № 1. С. 128-129; Довідник з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури / за ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. С. 130-133.

⁴⁵¹ Тут, щоправда, варто зробити застереження: теза про спеціальний характер ст. 368 КК не стосується випадків одержання «публічною» службовою особою НВ за вжиття заходів завдяки своєму службовому становищу у частині впливу на осіб, яких немає підстав визнавати уповноваженими на виконання функцій держави (у цій частині поняття «використання службового становища», вжите в ст. 368 КК, має і надалі тлумачитись широко). Інакше кажучи, не слід беззастережно одну з відмінностей «хабарництва» від «пасивного» зловживання впливом вбачати у тому, що перше завжди передбачає вчинення діяння в інтересах «хабародавця» службовою особою особисто.

вчинити потрібну дію (або втриматися від її учинення). Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб⁴⁵².

Вивчення матеріалів судової практики показує, що положення про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК як загальної і спеціальної кримінально-правових норм сприймається правозастосувачами.

Так, Жовківський районний суд Львівської області за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив старшого державного інспектора відділу митного оформлення № 2 митного поста «Рава-Руська» Львівської митниці, який протягом вересня-жовтня 2015 р. неодноразово одержував неправомірні вигоди у вигляді грошей за здійснення ним впливу на осіб, які працюють на митному посту «Скнилів», щодо пришивидшення оформлення митних документів і зниження вартості розмитнення транспортних засобів. Суд, визнаючи митного інспектора винуватим в одержанні НВ для себе за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, обґрунтував своє рішення, зокрема, тим, що підсудний був у змозі здійснювати незаконний вплив на працівників митного поста «Скнилів» щодо митного оформлення автомобілів і зниження їх митної вартості, виходячи із займаної ним посади та його тривалих службових стосунків з працівниками цього митного поста⁴⁵³.

⁴⁵² Постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 18 грудня 2014 р. у задоволенні скарги захисника Зварича було відмовлено на тій підставі, що аналіз відповідних рішень суду касаційної інстанції засвідчив відсутність даних про неоднаковість у застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Фактично ВСУ (можна лише здогадуватись, чому) самоусунувся від розгляду по суті питання про правильність кваліфікації злочинних дій Зварича у світлі оновленого антикорупційного законодавства.

⁴⁵³ Вирок Жовківського районного суду Львівської області від 30 березня 2016 р. Справа № 444/425/16-к. URL: <http://pozov.online/blog/2016/04/07/зловживання-впливом-ст-369-2> (дата звернення: 10.02.2019).

Наведені фрагменти з вироку видаються показовими і в тому сенсі, що за відсутності в КК кримінально-правової заборони, присвяченої зловживанню впливом, дії митника-корупціонера відповідно до ст. 368 КК розцінювалися б як одержання НВ.

За ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував Шевченківський районний суд м. Чернівці дії головного архітектора Чернівецької області – начальника управління регіонального розвитку, містобудування та архітектури Департаменту інфраструктури, містобудування, архітектури та житлово-комунального господарства Чернівецької ОДА, який одержав НВ у вигляді талонів на бензин, національної та іноземної валюти за те, що посприяв приватному підприємцю у погодженні документації, необхідної для розміщення конструкцій зовнішньої реклами, та в отриманні дозволів на розміщення цих конструкцій. Не дивлячись на те, що ні головний архітектор Чернівецької області, ні працівники очолюваного ним управління ОДА не мали повноважень на видачу відповідної дозвільної документації (це – компетенція певних відділів райдержадміністрацій і виконавчих комітетів сільських рад), вказана службова особа пообіцяла і, врешті-решт, змогла схилити начальника відділу містобудування, архітектури, інфраструктури та житлово-комунального господарства Кельменецької РДА прийняти рішення, потрібне для зацікавленого у розміщенні рекламних конструкцій приватного підприємця. Останній, сприймаючи головного архітектора Чернівецької області як представника влади та усвідомлюючи, що останній в силу своїх службових повноважень, авторитету та стосунків з керівництвом Кельменецької РДА зможе потрібним чином вплинути на згаданого чиновника, надав обумовлену НВ⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівців від 18 березня 2014 р. Справа № 727/2087/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38330630> (дата звернення: 10.02.2019).

Погоджуючись з тим, що в цьому разі мало місце зловживання впливом і що суд, вирішуючи питання про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК, правильно надав перевагу останній як спеціальній кримінально-правовій нормі, водночас зауважу, що за відсутності в КК складу злочину «зловживання впливом» описані дії головного архітектора Чернівецької області могли б бути кваліфіковані за відповідною частиною ст. 368 КК як одержання НВ службовою особою.

Підтверджуючи правильність засудження першого заступника голови Косівської РДА за ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 369-2 КК і спростовуючи наведені в касаційній скарзі прокурора аргументи на користь інкримінування у цьому разі ст. 368 КК, Касаційний кримінальний суд у складі ВС зазначив, зокрема, таке. Засуджений, який за НВ пообіцяв сприяти в укладенні договорів підряду за участю ПП «Явір» на ремонт доріг в Косівському районі, в силу своїх службових обов'язків не був наділений повноваженнями щодо розпорядження коштів на будівництво та ремонт доріг, а також укладення таких договорів, оскільки кошти належали виключно органу місцевого самоврядування (зокрема, Яблунівській селищній раді), а питання про їхній розподіл вирішувалось колегіальним рішенням цього органу. Селищні, сільські та районні ради при укладенні договорів підрядів діють в межах своїх повноважень та жодним чином не підпорядковуються першому заступнику голови РДА; відповідно, ця службова особа не мала будь-якого законного впливу на керівництво селищної ради⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19 вересня 2018 р. Справа № 347/350/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76673334> (дата звернення: 10.02.2019).

Загалом сприймаючи логіку міркувань суддів Касаційного кримінального суду у складі ВС, водночас вимушений зазначити, що засуджений за НВ обіцяв вплинути на рішення осіб, уповноважених на виконання функцій не держави, а місцевого самоврядування. А це з урахуванням міркувань, викладених вище, унеможливило інкримінування ст. 369-2 КК. Крім цього, не зовсім зрозуміло, чому дії засудженого (якщо не зважати на попереднє застереження) не були розцінені як закінчене зловживання впливом, адже ч. 2 ст. 369-2 КК містить альтернативну вказівку і на обіцянку здійснити вплив за надання НВ.

Ті посередники, які отримують НВ за вплив на тих, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і не є при цьому службовими особами та особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, за відсутності в КК ст. 369-2 могли б нести кримінальну відповідальність залежно від обставин вчиненого на підставі ст. 354 КК (формулювання ч. 3 цієї статті КК «...з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, установі чи організації...» є таким же широким, як і формулювання ч. 1 ст. 368 КК «з використанням наданої їй влади чи службового становища...») або за співучасть у вчиненні корупційного злочину, вчиненого особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Другий варіант кримінально-правової оцінки (зокрема, за умови уточнення передбаченого ч. 5 ст. 27 КК визначення поняття пособника у злочині; див. про це нижче) був би прийнятним і щодо тих суб'єктів «пасивного» зловживання впливом, які при висуненні відповідних пропозицій (обіцянок) виступають як приватні особи. До речі, такі результативні пропозиції (обіцянки) могли б за наявності підстав розцінюватись як підбурювання до злочинного надання НВ.

Після вивчення матеріалів судової практики складається враження, що завдяки існуванню досліджуваної кримінально-правової заборони зусилля правоохоронців зосереджуються на «фоновій» корупції – на шкоду викриттю корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зв'язок яких із тими, хто засуджується за «пасивне» зловживання впливом, як правило, не встановлюється. Цьому не в останню чергу сприяє поширення практики укладання угод про визнання винуватості у розглядуваній категорії кримінальних проваджень.

Показовим у цьому сенсі є вирок Держинського районного суду м. Харкова, яким за ч. 2 ст. 369-2 КК було засуджено фізичну особу. Остання, діючи з корисливих мотивів і запропонувавши іншій фізичній особі, зацікавленій у вирішенні питань щодо підготовки документації на земельні ділянки, здійснити відповідний вплив на осіб, уповноважених на виконання функцій держави, отримала НВ у вигляді національної та іноземної валюти. При цьому одержувач НВ заявив тому, хто надав її, що частина грошей (12 тис. грн.) призначається для посадових осіб управління державного земельного агентства за прийняття ними відповідних рішень і видачу документів, необхідних для узаконення земельних ділянок⁴⁵⁶.

Затвердивши угоду про визнання винуватості, укладену між прокурором і підозрюваним, суд (зрозуміло, що відповідна претензія має передусім адресуватись органу досудового розслідування) не визнав за потрібне з'ясувати, чи відповідала дійсності вказана заява, а якщо так, то яким має бути кримінально-правове реагування на корупційну поведінку осіб, уповноважених на виконання функцій держави, яким планувалось передати певні грошові суми.

Відповідальність за одержання НВ (прирівняні до нього дії) у межах розділу XVII Особливої частини КК передбачена не лише ст. 368, а і ст. 368-3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» і ст. 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», у зв'язку з чим постає питання про відмежування передбачених і цими статтями складів корупційних злочинів від зловживання впливом. В юридичній літературі з цього приводу можна прочитати, що якщо посередник, який обіцяє здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, є службовою особою

⁴⁵⁶ Вирок Держинського районного суду м. Харкова від 17 червня 2013 р. Справа № 638/7762/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31865448> (дата звернення: 10.02.2019).

юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція чи надання йому, а також одержання ним НВ за такий вплив, здійснений з використанням наданих йому повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за відповідними частинами ст. 368-3 і ст. 368-4 КК⁴⁵⁷. Протилежний підхід полягає в тому, що питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368-3 (ст. 368-4) і ст. 369-2 КК (як і у випадку зі ст. 368 і ст. 369-2 КК), має вирішуватись відповідно до правила про конкуренцію між загальною і спеціальною нормами, оскільки надання НВ за вплив на прийняття рішення є окремим випадком підкупу⁴⁵⁸.

Якщо виходити з того, що суб'єктом описаного в ч. 2 ст. 369-2 КК зловживання впливом може бути будь-яка особа, включаючи службову особу та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (підрозділ 3.2), то з другим підходом загалом варто погодитись. Єдине застереження зумовлене використанням у диспозиціях ст. 368-3 і ст. 368-4 КК звороту «з використанням наданих їй повноважень», який поширювальному тлумаченню не підлягає. Отже, поведінка, за яку службова особа юридичної особи приватного права (особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг) одержує НВ, повинна обмежуватись діями в межах компетенції суб'єкта і виключати можливість використання ним свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою (здійснюваною діяльністю). У цьому, як

⁴⁵⁷ Савченко А.В., Кришевич О.В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг. Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України / за заг. ред. д. ю. н., проф. В.І. Шакуна. Київ: Алерта, 2012. С. 153.

⁴⁵⁸ Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 179-180.

вже зазначалось, вбачається одна з відмінностей складів злочинів, передбачених ч. 3 ст. 368-3 і ч. 3 ст. 368-4 КК, від караного за ч. 1 ст. 368 КК одержання НВ «публічною» службовою особою. Але ж і службові особи юридичних осіб приватного права в силу займаних посад можуть за НВ чинити вплив на осіб, не підпорядкованих їм по службі.

Наразі не пов'язаний з використанням наданих їй повноважень вплив з боку службової особи юридичної особи приватного права (особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг) на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (фактичний вплив, спроможний викликати прийняття уповноваженою особою незаконного рішення), не може розцінюватись як різновид підкупу, передбаченого ст. 368-3 або ст. 368-4 КК. А це означає, що співвідношення складів злочинів, описаних вказаними статтями КК, з одного боку, і зловживання впливом, з іншого, не повністю «вписується» в кримінально-правову ситуацію, описувану як конкуренція загальної і спеціальної норм, хоч на остаточний висновок про пріоритет у розглядуваній ситуації ст. 369-2 КК це, вочевидь, не впливає⁴⁵⁹.

У ст. 369-2 КК йдеться про вплив на прийняття рішення, належного до компетенції не одержувача НВ (посередника), а третьої особи (особи, уповноваженої на виконання функцій держави). Якщо особа одержує НВ (приймає її пропозицію чи обіцянку) за рішення, прийняття якого входить до її компетенції, то вчинене не утворює складу злочину «зловживання впливом» і залежно від суб'єкта має кваліфікуватись за відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК.

⁴⁵⁹ В.М. Киричко також вважає, що ст. 369-2 КК не конкурує зі статтями 368-3 і 368-4 КК, оскільки в останніх йдеться про зловживання зазначеними особами своїми службовими повноваженнями, а в ст. 369-2 КК – про зловживання можливостями, пов'язаними зі службовими повноваженнями (обумовленими ними) (див.: Киричко В.М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення. *Проблеми законності*: зб. наук. пр. Харків, 2015. Вип. 128. С. 45).

За ч. 3 ст. 369-2 КК кваліфікував Тернопільський міськрайонний суд дії голови правління гаражного кооперативу «Промінь», який від двох громадян, котрі звернулись до нього з питанням щодо виділення їм у власність земельних ділянок для будівництва гаражів на території кооперативу, одержав від них НВ у вигляді 3 тис. доларів США. Як зазначено у вироку, гроші ця службова особа одержала за вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, – головного спеціаліста відділу земельних ресурсів Тернопільської міської ради, який займається підготовкою проекту рішення міської ради про затвердження проекту землеустрою щодо відведення у власність земельних ділянок для будівництва гаражів (на підставі цього документа особам передаються у власність земельні ділянки для будівництва гаражів)⁴⁶⁰.

У діях голови правління гаражного кооперативу вбачаються ознаки складу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368-3 КК, адже ця службова особа юридичної особи приватного права шляхом вимагання одержала НВ за вчинення дій з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надав НВ. Річ у тім, що зацікавлені громадяни з питання щодо виділення їм у власність земельних ділянок для будівництва гаражів на території певного кооперативу мали звертатись до його керівника, що вони і зробили. Як зазначено у вироку, голова гаражного кооперативу «Промінь» як керівник юридичної особи відповідно до його статуту був уповноважений вирішувати питання прийняття і виключення членів кооперативу, розподілу земельних ділянок між членами кооперативу, а також вирішувати без доручення всі питання в стосунках з державними органами та іншими установами, організаціями. З цього випливає, що

⁴⁶⁰ Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 3 лютого 2014 р. Справа № 607/730/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37011113> (дата звернення: 10.02.2019).

голова кооперативу, одержавши НВ за дії з використанням наданих повноважень, вчинив «пасивний» підкуп службової особи юридичної особи приватного права, а не «пасивне» зловживання впливом.

Скасовуючи вирок Апеляційного суду Черкаської області, яким дії обвинуваченого (заступника директора Черкаської регіональної філії Центру державного земельного кадастру – начальника управління Державного земельного кадастру) були перекваліфіковані з ч. 2 ст. 369-2 на ч. 3 ст. 368-4 КК, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду зазначив таке. Як випливає з вироку, засуджений прийняв обіцянку 1500 дол. США за вчинення певних дій із використанням повноважень, наданих йому як особі, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (за виготовлення витягів з Державного земельного кадастру на земельні ділянки, орендовані ТОВ «Орадівка»), а не за своє особисте знайомство з компетентними особами, як вважав суд першої інстанції. Однак, на думку ВС, при здійсненні такої перекваліфікації апеляційний суд не з'ясував, якими повноваженнями була наділена засуджена особа (чи мала вона повноваження на виготовлення витягів із Державного земельного кадастру), а також чи мала вона вплив на районні відділи Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру⁴⁶¹.

Завершуючи аналіз зловживання впливом, зазначу, що відсутність у ст. 369-2 КК застереження про можливість здійснення відповідним суб'єктом удаваного впливу наводить на думку про те, що такі дії мають кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство – зокрема, у зв'язку з існуванням усталеного правозастосовного підходу до кваліфікації подібних ситуа-

⁴⁶¹ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 31 липня 2018 р. Справа № 712/1153/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75692222> (дата звернення: 10.02.2019).

цій, який відображено в абз. 2 п. 9 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво»⁴⁶². Наприклад, В.І. Тютюгін пише, що не за ст. 369-2, а за ст. 190 КК «Шахрайство» слід кваліфікувати дії тієї особи, яка одержала НВ нібито для здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралася цього робити і бажала лише присвоїти таку вигоду⁴⁶³. Такої ж точки зору дотримуються і деякі інші автори, на думку яких одержання НВ за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, вчинене особою, котра не має такого впливу, за наявності підстав слід кваліфікувати як шахрайство⁴⁶⁴.

Видається, однак, що має рацію Н.М. Ярмиш, яка стверджує, що з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК особа може одержати НВ, і не збираючись виконувати обіцянку здійснити вплив. Для наявності злочинного зловживання впливом достатньо, щоб винний усвідомлював, за що саме він одержує НВ; обман не перетворює вчинене в шахрайство, оскільки виконання обіцянки чи того, що запропоновано, не

⁴⁶² На злободенність поставленої проблеми кваліфікації вказує ситуація, яку для оцінки співавторами «Довідника з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури» змодлював прокурор САП О. Колотило. Сусід_1, який проживає у селі Р., з корисливих мотивів і з метою заволодіння чужими коштами, приходить до сусіда_2, з яким склалися довірливі стосунки, та повідомляє тому (обманом та зловживає довірою), що найближчим часом стосовно сусіда_2 певні особи (правоохоронці, представники влади тощо) нібито планують здійснити протиправні дії («відібрати бізнес», безпідставно затримати тощо), але, оскільки Міністр Кабінету Міністрів України є його (сусіда_1) другом, товаришем, кумом і т.д. (що не відповідає дійсності), він може вплинути на нього, щоб той допоміг запобігти таким негативним наслідкам, за що йому (сусіду_1) треба надати 50 тис. доларів США. Сусід_2, будучи введеним в оману, з метою запобігти шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів, передає сусіду_1 вказані кошти.

⁴⁶³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борсова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина. С. 838.

⁴⁶⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 143; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хваронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1185.

охоплюється об'єктивною стороною складів злочину, передбаченого ст. 369-2 КК⁴⁶⁵.

Незважаючи на наявність у поведінці одержувача НВ у розглядуваній ситуації обману, вчинене не виходить за межі кримінально караного зловживання впливом, передбаченого оновленим антикорупційним законодавством. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом має наставати незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, і чи призводить він до бажаного результату. В аналізованій ситуації дії як особи, яка передає НВ у розрахунок на здійснення впливу, так й особи, яка одержує НВ без наміру щось вчинити, повністю відповідають ознакам складів злочинів, передбачених відповідно, ч. 1 та ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК. До того ж особа, яка бажає (через суб'єкта «пасивного» зловживання впливом-посередника) вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, шляхом пропозиції, обіцянки або надання НВ, сама вчиняє кримінально каране діяння, передбачене ч. 1 ст. 369-2 КК, а тому не може одночасно визнаватись потерпілим від іншого злочину (шахрайства).

Тому вважаю помилковою кваліфікацію не за первісно інкримінованою ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 1 ст. 190 КК дій помічника депутата Миколаївської міської ради Т., яка повідомила підприємцю Г. неправдиві відомості щодо своїх повноважень у вирішенні питання щодо продовження договору оренди земельної ділянки для обслуговування торговельного кіоску та запропонувала Г. передати їй 5 тис. грн. для вирішення цього питання шляхом здійснення впливу на уповноважену особу. Ленінський районний суд м. Миколаєва, вироком якого Т. врешті-решт було засуджено за шахрайство, погодився з

⁴⁶⁵ Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 178.

прокурором, який в судовому засіданні змінив обвинувачення, перекваліфікувавши дії Т. з ч. 2 ст. 369-2 на ч. 1 ст. 190 КК. При цьому прокурор послався на те, що саме за ст. 190, а не за ст. 369-2 КК слід кваліфікувати дії особи, яка одержала НВ нібито за здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралася цього робити і бажала лише привласнити таку вигоду⁴⁶⁶.

У сформульованій Н.О. Кочеровою авторській редакції ст. 369-2 КК наголошується на тому, що відповідний вплив може бути як дійсним, так і удаваним⁴⁶⁷. Вказана пропозиція як така, що спирається на ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, заслуговує на підтримку. Водночас розгляд цього питання кваліфікації чітко демонструє ту обставину, що проблем із кримінально-правовою оцінкою зазначених, дотичних до корупції обманних дій, спрямованих на заволодіння чужим майном, до появи в КК ст. 369-2 КК на практиці не виникало.

Загалом можна констатувати, що включення до КК ст. 369-2, текст якої значною мірою відтворив відповідні конвенційні норми рекомендаційного характеру, посилило казуїстичність КК створило надмірність законодавчого описання видів злочинної поведінки, пов'язаних із корупцією, і через недотримання в цьому разі принципу правової визначеності ускладнило тлумачення і застосування кримінального закону. З метою усунення законодавчих вад можна, звичайно, рухатись традиційним (еволюційним) шляхом, намагаючись удосконалити чинну редакцію ст. 369-2 КК (тим більше, що остання активно задіяна на практиці). Вважаю, однак, цю статтю КК такою, що не піддається розумній реконструкції,

⁴⁶⁶ Апеляційний суд Миколаївської області. Витяг з узагальнення «Про практику розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». URL: http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/2 (дата звернення: 10.02.2019).

⁴⁶⁷ Кочерова Н.О. Зазначена праця. С. 16-17.

у зв'язку з чим вона потребує не вдосконалення, а виключення з КК як «п'яте колесо до воза». Оскільки положення конвенцій, присвячені зловживанню впливом, носять рекомендаційний характер, виключення ст. 369-2 із КК не означає, що Україна ігнорує міжнародно-правові приписи щодо боротьби з корупцією. Пропонований крок, який навряд чи призведе до появи прогалин у законодавчому забезпеченні кримінально-правового реагування на корупційну поведінку, доцільно поєднати з удосконаленням описання складів злочинів «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» і «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», а саме з доповненням ст. 368-3 і ст. 368-4 КК альтернативною вказівкою на пов'язані з повноваженнями можливості, що узгоджувалось б із визначенням поняття корупції, закріпленим у ст. 1 Закону «Про запобігання корупції».

Надалі пропоную розглянути дискусійну проблему кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні НВ.

Передусім відзначу, що існування кримінальної відповідальності за таке посередництво відповідає міжнародним стандартам протидії корупції, бо відповідні антикорупційні документи передбачають як пряму, так і непряму форму підкупу. Остання має місце в тих випадках, коли особа передає, пропонує або обіцяє хабар (НВ) належному адресату через посередника; сюди також належать випадки, коли службова особа просить або одержує хабар (НВ) через посередника⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Коррупция: глоссарий международных стандартов в области уголовного права. OECD, 2007 (п. 3.10). URL: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194582.pdf> (дата звернення: 10.02.2019).

Незалежно від того, хто одержує неправомірну перевагу або дістає з неї користь – сама посадова особа або третя сторона, оборудка може здійснюватися через посередників. Факт залучення посередника, внаслідок чого предметна область одержання хабара розширюється, охоплюючи непряму дію посадової особи, обов'язково вимагатиме встановлення злочинного характеру поведінки посадової особи, незалежно від того, чи діяв такий посередник сумлінно (пункти 36, 42 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією).

Зарубіжний досвід законодавчого регулювання висвітлюваної проблематики відзначається різноманітністю. Кримінальне законодавство більшості країн світу передбачає підхід, подібний до закріпленого в нашому КК, за якого посередництво вважається проявом співучасті в наданні та одержанні НВ і, відповідно, складу самостійного злочину не утворює. Натомість у деяких країнах (зокрема, Білорусь, Болгарія, Китай, Латвія, Польща, РФ, Туркменістан) відповідальність за таке посягання встановлена в окремій статті Особливої частини кримінального закону, як це і мало місце в попередньому КК і що передбачає застосування іншого підходу до кваліфікації посередництва. У вітчизняній юридичній літературі питання про виокремлення такого самостійного складу злочину, як посередництво в наданні та одержанні НВ, складно визнати остаточно вирішеним. До сьогодні серед фахівців тривають дискусії стосовно необхідності повернення до попереднього варіанту законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за аналізований різновид суспільно небезпечної поведінки.

Так, О.О. Кваша запропонувала передбачити відповідальність за посередництво в хабарництві в межах ст. 369 КК, присвяченої даванню хабара, констатуючи при цьому, що таке посередництво є особливим різновидом співучасті в злочині, яке повною мірою не охоплюється видами співучасті, передбаченими в ст. 27 КК⁴⁶⁹. Деяко іншу позицію обстоює Д.Г. Михайленко, пропонуючи унормувати кримінальну відповідальність лише за позастороннє посередництво в хабарництві (посередництво за відсутності ознак співучасті). На його думку, посередництво з ознаками співучасті кваліфікується як пособництво, оскільки повністю відповідає його природі; позастороннє посередництво не може бути оцінене

⁴⁶⁹ Кваша О.О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. С. 451-452.

з позицій чинного КК, а тому доцільно передбачити окрему норму про кримінальну відповідальність за цей різновид злочинної діяльності⁴⁷⁰. Складно уявити, що становить собою «позастороннє» посередництво в наданні та одержанні НВ, адже посередник (при тому, що він є відносно самостійною фігурою) завжди діє в інтересах щонайменше однієї сторони корупційної угоди.

Більш категоричним є В.В. Шмигельський, стверджуючи, що «відсутність у чинному Кримінальному кодексі України самостійної правової норми, яка б передбачала відповідальність за посередництво в хабарництві, є прогалиною існуючого законодавства і обумовлює необхідність відновлення у структурі закону особливого складу злочину – посередництво в хабарництві»⁴⁷¹. Аналогічні міркування висловили й інші автори⁴⁷², які наполягали на доповненні КК спеціальною статтею, яка б установлювала відповідальність за посередництво в хабарництві. Згодом до них приєднався В.В. Плекан, намагаючись довести, що посередницька діяльність виходить за межі класичної співучасті і не має усіх тих обов'язкових ознак, які характеризують співучасть як кримінально-правове явище. У своєму дисертаційному дослідженні, спеціально присвяченому проблемам кримінальної відповідальності за посередництво в наданні та одержанні НВ, цей автор розробив проект статті КК про кримінальну відповідальність за посередництво в підкупі⁴⁷³. Реалізація такої ініціативи (за

⁴⁷⁰ Михайленко Д.Г. Кваліфікація посередництва в хабарництві. *Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць*. Вип. 44. Одеса: Юрид. літ., 2008. С. 282.

⁴⁷¹ Шмигельський В.В. Посередництво в хабарництві (отриманні неправомірної вигоди): проблема законодавчого регулювання й оперативного-тактичного використання. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 6. С. 297.

⁴⁷² Грудзур О. Посередництво в хабарництві: кримінально-правовий аспект. *Підприємство, господарство і право*. 2007. № 2. С. 138; Горбачов Д.М. Наукові підходи до визначення посередництва у хабарництві в кримінальному праві України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2012. № 2. С. 191.

⁴⁷³ Плекан В.В. Кримінальна відповідальність за посередництво в наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2015. С. 187-188, 192-193.

умови ретельної продуманості редакції відповідної кримінально-правової заборони), вочевидь, дозволила б правоохоронним органам більш предметно та ефективно боротись із корупційними злочинами, у вчиненні яких задіяні такі специфічні фігури, як посередники. Утім, не всі положення ініційованої В.В. Плеканом новели здатні покращити стан кримінально-правового регулювання в досліджуваній сфері.

Так, очевидною вадою сформульованої згаданим науковцем редакції ст. 369-4, запропонованої для включення в КК, є відсутність у ній хоча б стисло розкриття суті посередництва в підкупі, що у випадку сприйняття законодавцем аналізованого підходу неминуче потягне за собою суперечливі тлумачення кримінального закону, у тому числі в частині з'ясування співвідношення посередництва в підкупі як складу окремого злочину із співучастю у вчиненні корупційних злочинів. У цьому сенсі звертає на себе увагу обстоюване В.В. Плеканом розуміння посередництва в підкупі як діяльності, спрямованої на організаційне, інформаційне, інтелектуальне, технічне, фізичне та інше сприяння в укладенні корупційної угоди між її основними сторонами⁴⁷⁴. Не зовсім зрозуміло, чи поняття посередництва в уявленні дослідника має охоплювати всі зазначені складові або достатньо хоча б однієї з них, а так само чому в наведеному визначенні йдеться про сприяння лише в укладенні корупційної угоди й альтернативно не вказується на сприяння в реалізації (здійсненні) такої угоди. Адже В.В. Плекан цілком справедливо пише, що фізичне посередництво в наданні та одержанні НВ має охоплюватись поняттям посередництва в підкупі⁴⁷⁵.

З іншого боку, постає питання, чи не є запропоноване В.В. Плеканом розуміння посередництва в підкупі занадто

⁴⁷⁴ Плекан В.В. Зазначена праця. С. 8, 28, 189.

⁴⁷⁵ Там само. С. 31, 34, 53, 59, 64, 70, 110, 113, 121, 124, 124, 126, 131.

широким – таким, що значною мірою (якщо не повністю) включає в себе «класичну» співучасть з розподілом ролей при вчиненні корупційних злочинів, не відображаючи при цьому специфіку посередницької поведінки? Так, на відміну від В.В. Плекана, вважаю, що функція посередника не може полягати лише в наданні приміщення для зустрічі надавача та одержувача НВ. Тут доречно нагадати висловлювання О.Я. Светлова про те, що не будь-яке пособництво хабародавцю або хабароодержувачу є посередництвом у хабарництві; як відповідний приклад (пособництва, а не посередництва) згаданий вчений наводив ситуацію з наданням собою своєї квартири для зустрічей хабароодержувача з хабародавцем⁴⁷⁶.

Складається враження, що у задекларованій В.В. Плеканом відмінності між посередництвом у підкупі та інститутом співучасті у злочині, включаючи пособництво, не до кінця впевнений і сам дослідник, який пише, що «незалежно від того, кого посередник представляє, він сприяє у вчиненні злочину обом сторонам корупційної угоди»⁴⁷⁷. Але ж сприяння вчиненню корупційного злочину – це ніщо інше, як пособництво, яке наразі не повністю охоплюється законодавчим визначенням його поняття лише через закріплення в ч. 5 ст. 27 КК вичерпного переліку пособницьких діянь.

Далі. Услід за російським науковцем М.І. Моїсеєнком, В.В. Плекан до способів інтелектуального посередництва відносить: надання приміщення або транспортного засобу для передачі предмета злочину; забезпечення особистої зустрічі сторін корупційної угоди; розробку схеми процесу переходу неправомірної вигоди; забезпечення конспірації акту передачі НВ; забезпечення безпеки одержання/надання НВ

⁴⁷⁶ Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. Киев: Наукова думка, 1978. С. 236.

⁴⁷⁷ Плекан В.В. Зазначена праця. С. 72.

(охорону місця передачі предмета); зміцнення рішучості одного з учасників злочинів на одержання (надання) неправомірної вигоди; дарування цінностей або надання грошової позики особі, що виражає намір надати НВ; зменшення орендних платежів, відсоткових ставок за користування банківським кредитом; відкриття банківського рахунку на ім'я одержувача неправомірної вигоди тощо⁴⁷⁸. Проте за винятком хіба що забезпечення особистої зустрічі сторін корупційної угоди, перераховані дії навряд чи можуть розцінюватись як посередництво (тим більше, інтелектуальне) у наданні та одержанні НВ. Водночас вказані різновиди сприяння вчиненню корупційних злочинів – це зайвий аргумент на користь доцільності відмови від закріплення в ч. 5 ст. 27 КК вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво в злочині.

В.В. Плекан також стверджує: «Посередник у підкупі може виконувати діяльність, яка за змістом становить підбурювальні, пособницькі або організаторські дії»⁴⁷⁹. Мабуть, ніхто не сумнівається в тому, що посередник, крім вчинення власне посередницьких дій, може схилити до надання або одержання НВ (ч. 4 ст. 27 КК) чи організувати або керувати їхнім вчиненням (ч. 3 ст. 27 КК). Проте чи є підстави в такому разі вести мову саме і тільки про посередництво в наданні та одержанні НВ? Очевидно, що ні.

Щодо суті посередницької поведінки при вчиненні корупційних злочинів, звісно, можна дискутувати і далі. Однак якщо вже запроваджувати самостійну кримінально-правову заборону, розраховану на посередництво в наданні

⁴⁷⁸ Плекан В.В. Зазначена праця. С. 131.

Подібний перелік дій, виконуваних посередником у хабарництві, наводить О.Д. Ярошенко (див.: Ярошенко О.Д. Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України): дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. С. 94).

⁴⁷⁹ Там само. С. 153.

та одержанні НВ, на необхідності чого наполягає, зокрема, В.В. Плекан, ґрунт для подібних дискусій слід усувати в законодавчому порядку⁴⁸⁰. До інших вад сформульованої згаданим дослідником редакції статті КК про посередництво в підкупі можуть бути віднесені: 1) відсутність згадування в диспозиціях частин 1-3 статті про посередництво в прийнятті пропозиції, обіцянки НВ (при цьому в тексті заохочувальної норми – ч. 5 ст. 369-4 КК, крім інших, фігурують особи, котрі приймають пропозицію або обіцянку НВ); 2) непоширення дії статті КК, присвяченої посередництву в підкупі, на передбачений ст. 354 КК підкуп працівника підприємства, установи чи організації; 3) диференціація кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі особи, яка надає публічні послуги, та службової особи юридичної особи публічного права. Запровадження окремих кримінально-правових заборон, розрахованих на зловживання осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, було раціональним і потрібним кроком. Однак чи може існування цих заборон (поряд із нормами про кримінальну відповідальність «публічних» службових осіб) слугувати достатнім аргументом на користь запропонованої диференціації кримінальної відповідальності за посередництво в підкупі вказаних категорій осіб, задіяних у публічній сфері?

Таким чином, доктринальні пропозиції *de lege ferenda*, спрямовані на розв'язання проблем кримінально-правової

⁴⁸⁰ Вказана концептуальна вада притаманна і законопроекту «Про внесення змін до Кримінального Кодексу України щодо встановлення відповідальності за посередництво у підкупі» (реєстр. № 4358, від 1 квітня 2016 р.; автори законопроекту – народні депутати України І. Мельничук, Б. Розенблат, К. Матейченко, І. Артюшенко, Р. Сольвар, Я. Безбах), яким пропонувалось включити в КК ст. 368-5 «Посередництво у підкупі». З цього приводу у Висновку щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проекту нормативно-правового акта, підписаному головою відповідного комітету парламенту України Є. Соболевим, слушно зазначалось, що КК не використовує термін «посередництво» і не визначає його зміст. Запропонована редакція ст. 368-5 КК також не містить визначення поняття посередництва в підкупі певної особи. У зв'язку з невизначеністю змісту діяння «посередництво у підкупі» слідчі, прокурори можуть тлумачити зміст відповідного діяння на власний розсуд.

оцінки посередництва в наданні та одержанні НВ шляхом внесення змін до Особливої частини КК, не можуть розцінюватись як конструктивні. Викладене актуалізує проблему правильної кримінально-правової кваліфікації посередництва в наданні та одержанні НВ в аспекті *de lege lata*.

На думку К.П. Задої, дії посередника слід кваліфікувати з додатковим посиланням на відповідну частину ст. 27 КК з урахуванням того, у чиїх інтересах він діє, і додержанням правил ст. 29 КК. Наприклад, посередник, який діє в інтересах службової особи – одержувача НВ, має відповідати за ч. 3, 4 або 5 ст. 27 і відповідною частиною ст. 368 КК з інкримінуванням того обсягу дій, що ставляться у вину службовій особі⁴⁸¹. В одному з видань я висловив подібну думку. Посередником є суб'єкт, який не надає (не прагне надати) НВ службовій особі від свого імені та за свій рахунок і не бажає вчинення або не вчинення службовою особою дій з використанням її службового становища в своїх інтересах. Дії такого посередника як особи, яка лише реалізує волю виконавця і допомагає виконати об'єктивну сторону надання НВ, слід кваліфікувати за відповідними частинами статей 27, 369 КК⁴⁸². Схожу точку зору в загальному виді формулює О.О. Кваша, зауважуючи, що посередництво в хабарництві кваліфікується як співучасть в одержанні чи даванні хабара із застосуванням норми Загальної частини КК – ст. 27⁴⁸³. Викладений підхід, серед іншого, виходить з того, що допомога у виконанні об'єктивної сторони надання НВ є пособництвом у вчиненні цього злочину, що згідно з ч. 5 ст. 27 КК передбачає різні форми сприяння його вчиненню. Як слушно зазначає Г.П. Жаровська,

⁴⁸¹ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задої. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 47.

⁴⁸² Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 234.

⁴⁸³ Кваша О.О. Зазначена праця. С. 439.

надання допомоги іншим співучасникам є головною роллю пособника⁴⁸⁴. Водночас оцінка посередництва як пособництва потребує робити певні застереження.

Так, за твердженням Д.Г. Михайленка, посередник фактично сприяє у здійсненні злочину хабародавцем та хабароодержувачем, тобто виступає як співучасник. За змістом і характером дій, фактично вчинених при посередництві в хабарництві, посередник не може бути віднесений до виконавця (співвиконавця) давання чи одержання хабара, організатора цих діянь чи підбурювача до них і повинен розглядатись як пособник. Водночас проаналізувавши визначення пособника, закріплене в ч. 5 ст. 27 КК, і взявши до уваги диференціацію посередництва в хабарництві на інтелектуальне та фізичне, науковець пише, що під ознаки пособництва підпадає лише інтелектуальне посередництво в хабарництві, яке проявляється в порадах чи вказівках. Щодо фізичного посередництва, то воно може не відповідати жодній з ознак, які характеризують пособництво (за винятком хіба що сприяння злочину шляхом усунення перешкод) і не вважатись злочином за КК⁴⁸⁵.

Іншої точки зору дотримується В.В. Плекан, який категорично зазначає, що фізичне посередництво не охоплюється інститутом співучасті в злочині, зокрема, через закріплення в ч. 5 ст. 27 КК вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво в злочині. Тому якщо дотримуватися букви закону, діяння фізичного посередника за чинним законодавством не є кримінально караними при тому, що саме фізичне посередництво на практиці вчиняється найчастіше. Фактично наявна прогалина в кримінальному законі, яка допускає маніпулювання останнім, не допускає притягнення до кримінальної відповідальності винуватих осіб (посередни-

⁴⁸⁴ Жаровська Г.П. Співучасть у злочині за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2004. С. 162.

⁴⁸⁵ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 279.

ків у підкупі) і автоматично є істотною перешкодою в реальній боротьбі з корупцією в Україні⁴⁸⁶. Раніше подібну думку висловив В.А. Клименко: «...згідно з чинним законодавством посередництво не можна визнавати кримінально караним пособництвом у вигляді сприяння вчинення злочину шляхом усунення перешкод (скажімо, передача посередником предмета хабара службовій особі, з якою не може зустрітись хабародавець), оскільки останнє (усунення перешкод) припускає таку зміну оточуючого середовища, коли з нього вилучаються ті чи інші елементи, які заважають виконавцю виконати свій намір»⁴⁸⁷. Частково погоджуючись із такою позицією, водночас зауважу, що в певних ситуаціях фізичне посередництво в наданні та одержанні НВ (мається на увазі «технічна» передача НВ від однієї сторони корупційної угоди іншій за дорученням однієї з них) може розцінюватись як пособництво – сприяння вчиненню певного корупційного злочину шляхом усунення перешкоди, яка ускладнювала його вчинення. Зокрема, йдеться про ситуації, коли службова особа (одержувач НВ) працює в приміщенні, закритому для доступу сторонніх, або постійно перебуває під посиленою охороною, яка унеможливує її спілкування зі сторонніми особами, або випадки, коли сторони корупційної угоди знаходяться на істотній відстані один від одного чи навіть у різних країнах. Адже як перешкоди (у контексті їх усунення – форми пособництва у злочині), за слухним висловлюванням А.П. Козлова, можуть виступати і предмети матеріального світу, і фізичні та юридичні особи⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Плекан В.В. Зазначена праця. С. 9, 34-36, 40.

⁴⁸⁷ Клименко В. Посередництво як форма співучасті у вчиненні злочину (питання криміналізації). *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 10. С. 130.

⁴⁸⁸ Козлов А.П. Соучастие. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. С. 160.

Ще більш широке (як на мене, занадто широке) розуміння перешкод, усуненням яких опікується пособник, обстоєє М.Г. Іванов у своєму відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію А.М. Кутагова «Посредничество в совершении преступлений: уголовно-правовые аспекты»: це – будь-які складнощі на шляху досягнення мети, які треба подолати самостійно або за чиеюсь допомогою.

Отже, твердження про неохоплення фізичного посередництва в наданні та одержанні НВ поняттям пособництва в злочині є занадто категоричним.

Аналогічна ситуація виникає із співвідношенням кримінально-правового поняття пособництва в злочині та інтелектуального посередництва в наданні та одержанні НВ (тобто налагодження контактів між учасниками корупційної угоди, сприяння в її укладенні, узгодження характеру та розміру НВ, способів її передачі, характеру діянь, за вчинення яких надається НВ, тощо). Така суспільно небезпечна поведінка не завжди «вписується» в поради і вказівки, згадані в ч. 5 ст. 27 вітчизняного КК. При цьому остання, на відміну, наприклад, від ч. 5 ст. 33 КК РФ, не передбачає таку значною мірою універсальну форму інтелектуального пособництва у вчиненні злочину, як надання інформації. Тому допускає неточність О.М. Грудзур, коли визнає інтелектуальне посередництво в хабарництві пособництвом, зокрема, на тій підставі, що таке пособництво полягає в наданні інформації⁴⁸⁹.

Отже, кваліфікація дій посередника як пособництва є можливою лише в тому разі, коли така особа усунула існуючі перешкоди між надавачем та одержувачем НВ, або вчинила інші дії зі сприяння вчиненню злочину, чітко визначені в ч. 5 ст. 27 КК (наприклад, порадила звернутись надавачу НВ до конкретної службової особи, розповіла йому про характер дій, які можуть бути вчинені з використанням наданої цій службовій особі влади чи службового становища). Однак в останньому випадку (за відсутності інших дій) немає достатніх підстав говорити про посередництво як таке⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Грудзур О.М. Зазначена праця. С. 137.

⁴⁹⁰ Письменський Є.О. Чи є посередництво в наданні – одержанні неправомірної вигоди пособництвом вчиненню цих злочинів? *Протидія злочинності в Україні: кримінально-правові та кримінологічні аспекти*: матер. Всеукр. наук.-практ. семінару (м. Миколаїв, 26 травн. 2016 р.). Миколаїв: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. С. 176.

Зрозуміло, що функції посередників здебільшого зводяться до надання НВ від імені певної особи або в її одержанні для іншої з виключенням безпосереднього контакту між ними. Так само може йтися про вчинення посередником певних підготовчих дій – узгодження розміру НВ, способу її передачі, характеру дій, за виконання (невиконання) яких надається НВ, налагодження контактів між надавачем і одержувачем НВ тощо. Очевидно, що з погляду КК подібні діяння посередника із з'ясованої вище причини, за загальним правилом, не можуть кваліфікуватись як пособництво у вчиненні надання та одержання НВ. У відгуку В.О. Навроцького як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Т.Г. Цибуліна «Кримінальна відповідальність за пособництво у вчиненні злочину» слушно зазначається, що вичерпний перелік способів вчинення пособництва часто унеможлиблює кримінально-правову кваліфікацію скоєного. Щоправда, на практиці на цей нюанс увага інколи не звертається⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Так, Соснівський районний суд м. Черкас (вирок від 20 липня 2016 р.) кваліфікував за ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 368 КК як пособництво в одержанні службовою особою НВ дії посередника, залученого начальником відділу державної реєстрації речових прав на нерухоме майно реєстраційної служби Головного управління юстиції у Черкаській області з метою конспірації своїх злочинних намірів. Посередник, який не мав відношення до реєстраційної служби, діючи згідно з попередньою домовленістю, підтвердив зацікавленій особі (майбутньому надавачу НВ) готовність вказаної службової особи посприяти в прискоренні реєстрації договорів оренди земельних ділянок та швидкому отриманні витягів за певну грошову суму, а також висунув вимогу передати грошові кошти в сумі 6 тис. грн. третій особі. Як бачимо, залучення посередника мало місце для маскування (конспірації) та унеможливлення викриття протиправної діяльності одержувача НВ. Звідси випливає, що участь посередника в наданні та одержанні НВ не була пов'язана з усуненням певних перешкод при вчиненні корупційного злочину, що відповідало б законодавчо визначеним ознакам пособництва. Жодних перешкод (крім імовірних боязливості або сором'язливості одержувача НВ) тут не встановлено. Оцінка посередництва як інших проявів пособницьких дій (надання порад, вказівок, засобів чи знарядь або об'янок певного змісту), визначених у ч. 5 ст. 27 КК, так само виключається. Суд, кваліфікуючи зазначені дії як пособництво, не уточнив, яка з визначених у КК форм пособництва мала місце у вказаному випадку.

За ч. 5 ст. 27, ч. 4 ст. 368 КК кваліфікував орган досудового розслідування дії посередника, який передавав НВ (47,5 тис. дол. США) керівнику структурного підрозділу одного з міжрайвідділів Головного управління СБУ в м. Києві та Київській області. Співробітник СБУ одержав вказані кошти за не притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які за допомогою укладання фіктивних шлюбів із громадянами України отримали посвідки на проживання в Україні (див.: Звіт Національного антикорупційного бюро України за II півріччя 2018 року. С. 22-23. URL: <https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit.pdf> (дата звернення: 10.02.2019)).

У цьому сенсі викликає інтерес позиція тих фахівців (М.І. Бажанов, Є.О. Письменський, Ф.В. Шиманський та ін.), які вважають, що в разі участі посередника в наданні та одержанні НВ його дії можуть кваліфікуватись як співвиконавство у тому чи іншому злочині і, відповідно, для розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні НВ ні Загальну, ні Особливу частини КК змінювати не потрібно. Йдеться про те, що в подібних ситуаціях має місце різновид співвиконавства, за якого кожен із співучасників, діючи згідно з розподілом ролей, виконує певну частину об'єктивної сторони складу злочину. Якщо розглядати такі дії ізольовано, поза зв'язком із діями інших співвиконавців, вони не склали б усіх ознак об'єктивної сторони складу злочину. Проте взяті в сукупності з діями інших осіб такі дії утворюють відповідну об'єктивну сторону. «Взаємодія співвиконавців, як правило, зводиться до спільного виконання ними діяння, яке передбачене як обов'язковий компонент об'єктивної сторони відповідного юридичного складу злочину (повністю або частково)»⁴⁹².

Підхід, згідно з яким посередництво в наданні та одержанні НВ має розцінюватись як співвиконавство, має свої переваги і з погляду призначення покарання. Річ у тім, що діяння пособника зазвичай караються менш суворо, ніж діяння виконавця, що не завжди відповідає ступеню суспільної небезпеки вчиненого посередником в наданні та одержанні неправомірної вигоди. Як слушно зазначає В.В. Плекан, співвідношення характеру та ступеня суспільної небезпеки дій посередника та пособника як одного з видів співучасників не є однаковим. Суспільна небезпека та вплив діяльності посередника на основних фігурантів акту надання-одержання НВ і на процес її переходу від однієї сторони до іншої є значно більшими порівняно з впливом пособниць-

⁴⁹² Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-е вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2005. С. 48.

ких дій у їхньому традиційному розумінні⁴⁹³. З іншого боку, у системі корупційних злочинів посередництво в даванні хабара з точки зору характеру і ступеня суспільної небезпеки ідентично даванню хабара⁴⁹⁴.

Варто, однак, підкреслити, що з кримінально-правовою оцінкою дій посередника як дій співвиконавця надання НВ або її одержання погоджуються не всі науковці. Наприклад, О.О. Кваша, ставлячи під сумнів зазначене розуміння посередництва і підтримуючи точку зору, висловлену свого часу О.Я. Световим, пише, що «особа, яка надає неправомірну вигоду, – це особа, як правило, заінтересована у відповідних діях службової особи, тоді як посередник не має на меті одержання користі від дій службової особи, обумовлених передачею такої вигоди»⁴⁹⁵. Однак наскільки доречним (виправданим) є зроблений наголос на суб'єктивній стороні скоєного і, зокрема, чи впливає на оцінку певних дій як співвиконавства наявність в осіб різних цілей? Відомо, що мотиви і мета поведінки співучасників можуть збігатися або бути неоднаковими. Їхня спільність не є необхідною ознакою співучасті. Об'єднані наміром вчинити один і той самий злочин, співучасники можуть керуватися різними мотивами і цілями⁴⁹⁶. Критикуючи наведене висловлювання О.О. Кваші, К.П. Задоя зауважує, що відповідно до будь-якої з редакцій ст. 369 КК хабарадавцем (надавачем НВ) визнавалась особа, яка надавала службовій особі хабар (НВ) за вчинення або не вчинення нею дій в інтересах третьої особи, тобто особа, яка, за словами О.О. Кваші, «не має на меті одержання користі від дій службової особи»⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Плекан В.В. Зазначена праця. С. 36.

⁴⁹⁴ Аникин А. Посредничество во взяточничестве. *Законность*. 2009. № 3. С. 20.

⁴⁹⁵ Кваша О.О. Зазначена праця. С. 443-444.

⁴⁹⁶ Кваліфікація злочинів: навч. посіб. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: Істина, 2010. С. 155.

⁴⁹⁷ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 48.

Н.О. Антонюк та В.В. Плекан⁴⁹⁸ сформулювали узагальнену систему аргументів, які, на їхню думку, спростовують положення про кваліфікацію дій посередника в злочинах, пов'язаних із переходом неправомірної вигоди, як дій виконавця. Однак ці аргументи складно назвати бездоганними.

1. Вести мову про те, що відбулося виконання складу злочину надання НВ або співучасть у ньому, можна лише тоді, якщо надане сприяння одній із сторін співпадає з інтересами посередника, або ці інтереси співпадають з інтересами особи, яка надає предмет злочину. Посередник діє не від свого імені і, відповідно, не в своїх інтересах.

Однак чинні редакції статей 354, 368-3, 368-4 і 369 КК передбачають, що особа може надавати (пропонувати, обіцяти) НВ за виконання (невиконання) певним суб'єктом діяння і в інтересах третьої особи, тобто діяти і «не в своїх інтересах», залишаючись при цьому виконавцем відповідного злочину.

2. Посередник, який не є службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, не може бути виконавцем одержання НВ, оскільки, не будучи спеціальним суб'єктом, не може повністю виконати об'єктивну сторону складу відповідного злочину.

Висловлена теоретична позиція має право на існування, але вона не виглядає безспірною (або потребує додаткового обґрунтування), оскільки з питання про можливість визнання співвиконавцем злочину зі спеціальним суб'єктом тієї особи, якій не притаманні ознаки спеціального суб'єкта злочину, можливий і принципово інший підхід. Із загального правила, згідно з якими при співучасті в злочинах із спеціальним суб'єктом виконавцями можуть бути лише особи, які наділені ознаками спеціального суб'єкта, можуть

⁴⁹⁸ Антонюк Н.О., Плекан В.В. Підставність кваліфікації діянь посередника у злочинах, пов'язаних із переходом неправомірної вигоди, як співвиконавця відповідних злочинів. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 2. Том. 3. С. 9-13.

бути винятки у вигляді входження до складу співвиконавців осіб, які не є спеціальними суб'єктами злочину (усім зрозумілий приклад: співвиконавство жінки або імпотента в згвалтуванні жінки). Із цього приводу Г.П. Жаровська підкреслює, що у випадках, коли злочин із спеціальним суб'єктом характеризується тим, що частина його об'єктивної сторони може бути виконана особою, котра не є спеціальним суб'єктом, остання підлягає відповідальності як співвиконавець⁴⁹⁹. Про це саме веде мову і С.Д. Шапченко, який пише, що об'єктивна сторона окремих злочинів, юридичний склад яких передбачає спеціального суб'єкта, може включати в себе не одне, а кілька діянь; причому одне діяння може вчинити лише спеціальний суб'єкт, а інше (інші) – як спеціальний, так і загальний суб'єкти. Якщо це інше діяння вчиняє загальний суб'єкт, правозастосовна практика розглядає його як співвиконавця злочину. Водночас вчений наголошує на тому, що в окремих злочинах (сказане стосується, наприклад, одержання хабара) взаємозв'язок діяння та ознак спеціального суб'єкта носить функціонально нерозривний характер, у зв'язку з чим передбачене в юридичному складі відповідного злочину діяння може вчинити лише спеціальний суб'єкт. Відповідно, при вчиненні в співучасті подібних злочинів співучасник, який не має ознак спеціального суб'єкта (у нашій ситуації – це посередник, який не є службовою особою, працівником підприємства, установи, організації, особою, яка надає публічні послуги), за жодних умов не може визнаватись виконавцем (співвиконавцем) злочину⁵⁰⁰ (у нашій ситуації – одержання НВ).

3. Предмет злочину не є власністю посередника і не розглядається винним як такий, що переходить у його власність.

⁴⁹⁹ Жаровська Г.П. Зазначена праця. С. 109-110.

⁵⁰⁰ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-е вид., переробл. та доповн. / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2005. С. 48.

Здатність розпоряджатися предметом злочину як своїм власним є однією з головних ознак особи, яка надає неправомірну вигоду. Виступаючи посередником, особа лише реалізує вольовий акт виконавця надання НВ щодо розпорядження предметом злочину, який перебуває в його власності.

Однак перебування у власності майна, яке може виступити НВ, не впливає на кваліфікацію вчиненого як того чи іншого корупційного злочину. Крім цього, наведений аргумент нівелюється, якщо фізичного посередника визнавати не виконавцем, а співвиконавцем надання НВ, який згідно з досягнутою домовленістю про розподіл ролей частково виконує об'єктивну сторону складу певного злочину. У цьому плані можна міркувати приблизно таким чином: один співвиконавець (посередник) передає НВ належному суб'єкту, а інший співвиконавець (той, кому належить ця НВ) розпоряджається нею таким чином, щоб добитися від суб'єкта – одержувача НВ вчинення певного діяння в своїх інтересах чи інтересах третьої особи. Оскільки суб'єкт надання (пропозиції, обіцянки) НВ не обтяжений ознаками спеціального суб'єкта злочину, а співучасники (зокрема, співвиконавці) можуть при вчиненні злочину керуватися різними мотивами і цілями, можемо говорити про відсутність юридичних перешкод для визнання посередника співвиконавцем надання НВ.

4. Попри те, що вчинення або утримання від вчинення певних дій спеціальним суб'єктом з використанням його службового чи професійного становища знаходиться поза межами складу одержання НВ, все ж саме конкретна поведінка службової особи (особи, яка надає публічні послуги) є кінцевою метою особи, що надає НВ при вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 368-3, ч. 1 ст. 368-4, ст. 369 КК. Посередник не спрямовує свої дії на отримання «вигоди», що полягає у вчиненні або невчиненні службовою особою (особою, яка надає публічні послуги) будь-яких дій із викорис-

танням останньою свого службового чи професійного становища. На відміну від посередника, дії виконавця надання НВ саме на це і спрямовуються.

Дискутуючи з Н.О. Антонюк і В.В. Плеканом у цій частині, Є.О. Письменський зауважує, що збіг інтересів між суб'єктами злочину при його співвиконавстві не є обов'язковою вимогою кримінального закону, який є основною юридичною підставою кваліфікації певного діяння. Достатньо того, щоб співвиконавці хоча б у загальних рисах усвідомлювали наявність і зміст цих інтересів. Відповідно, посередництво в наданні-одержанні НВ може кваліфікуватись як співвиконавство у вчиненні одного з цих злочинів, а позиція Н.О. Антонюк та В.В. Плекана, які заперечують таку можливість, не відповідає законодавчо визначеним ознакам співучасті в злочині (ч. 1 ст. 26 КК) та виконання злочину (ч. 2 ст. 27 КК)⁵⁰¹.

Натомість я, загалом сприймаючи останній (четвертий) аргумент львівських дослідників, хотів би уточнити, що тісний, нерозривний зв'язок між наданням, пропозицією, обіцяркою НВ, з одного боку, і виконанням або невиконанням належним суб'єктом дій з використанням свого службового становища, повноважень, з іншого, є ознакою не суб'єктивної («спрямованість умислу» за В.В. Плеканом), а об'єктивної сторони відповідних складів злочинів. Нагадаю, що специфіка зв'язку між хабаром і діями службової особи, за виконання (невиконання) яких він одержується, традиційно в юридичній літературі (включаючи дореволюційну) з'ясовувалась саме при дослідженні об'єктивної сторони одержання хабара⁵⁰². Вказана обов'язкова ознака, як видається, ставить

⁵⁰¹ Письменський Є.О. Чи є посередництво в наданні – одержанні неправомірної вигоди пособництвом вчиненню цих злочинів? *Протиція злочинності в Україні: кримінально-правові та кримінологічні аспекти*: матер. Всеукр. наук.-практ. семінару (м. Миколаїв, 26 травн. 2016 р.). Миколаїв: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2016. С. 171-177.

⁵⁰² Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 1994. С. 21-22.

під серйозний сумнів (насправді унеможлиблює) тезу про визнання посередника співвиконавцем надання НВ.

Так, фізична передача посередником НВ «публічній» службовій особі здійснюється не «за» вчинення (невчинення) такою особою дії з використанням влади чи службового становища, а тому з кримінально-правової точки зору не може визнаватись частиною об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 369 КК (така поведінка не містить навіть частково ознак складу цього злочину). Можна сказати, що перешкодою для кваліфікації дій посередника як дій співвиконавця надання НВ слугує закріплена в ст. 369 КК специфіка складу цього злочину. Як слушно писав свого часу М.І. Мельник, за об'єктивними ознаками основна відмінність між дачею хабара і посередництвом «полягає в тому, що обов'язкова для дачі хабара ознака передачі предмета хабара посадовій особі за вчинення (невчинення) нею певних дій не є характерною (конструктивною) для складу посередництва в хабарництві... Навіть у тому випадку, коли на посередника покладається функція вручення предмета хабара хабарнику, він діє як хабародавець лише у фізичному відношенні. У юридичному плані він таким не є»⁵⁰³. Таку ж позицію обстоює К.П. Задоя, який посередника, котрий діє в інтересах надавача НВ, характеризує як суб'єкта, який, зокрема, не прагне вчинення (не вчинення) певної дії з використанням влади, службового становища чи повноважень відповідного суб'єкта⁵⁰⁴. Водночас посередник може визнаватись, наприклад, співвиконавцем злочинів, пов'язаних із незаконним обігом зброї, наркотиків, деяких інших різновидів майна, позаяк перешкод для такої кримінально-правової оцінки КК не містить.

⁵⁰³ Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблема кваліфікації, удосконалення законодавства: монографія. Київ: Парламент. вид-во, 2000. С. 192.

⁵⁰⁴ Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 48.

Варто зауважити і таке. Визнання посередництва в наданні та одержанні НВ співвиконавством у відповідному злочині не виключається, якщо тлумачити поняття співвиконавства не традиційно (як часткове виконання об'єктивної сторони складу злочину), а дещо ширше – так, як це робить, наприклад, Л.Д. Гаухман. Цей вчений співвиконавцем злочину пропонує визнавати не лише того, хто здійснює дії, описані в диспозиції статті Особливої частини КК, а й особу, яка, не вчиняючи їх, під час, на місці і в процесі злочину вдається до дій, що органічно вплітаються в процес вчинення злочину і без яких вчинення останнього було б неможливим або ускладненим⁵⁰⁵. Вада традиційної позиції з питання про якісний склад групи осіб за попередньою змовою інколи вбачається в тому, що пов'язування групи осіб за попередньою змовою саме і тільки із співвиконавством не дозволяє забезпечити належну кримінально-правову оцінку окремим різновидам групової співучасті. У межах цього підходу виділяються прояви співучасті, які характеризуються високим ступенем взаємодії та взаємообумовленості та, як наслідок, більшою суспільною небезпекою, ніж ті, що становлять собою співучасть у вузькому розумінні (співучасть з розподілом ролей), та які водночас немає підстав визнавати ні співвиконавством, ні організованою групою⁵⁰⁶.

Таким чином, можна констатувати неоднозначність і суперечливість як теоретичних підходів до розв'язання питань кримінально-правової кваліфікації посередництва в наданні й одержанні НВ, так і відповідних орієнтирів, вироблених у судовій практиці. *De lege lata* фізичне посередництво в наданні та одержанні НВ лише в деяких ситуаціях

⁵⁰⁵ Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. Москва: АО «Центр ЮриИнфоР», 2001. С. 210.

⁵⁰⁶ Дудоров О.О. Група осіб за попередньою змовою як форма співучасті у злочині. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2015. № 3. С. 130-138.

може розцінюватись як пособництво у вчиненні відповідних корупційних злочинів. Йдеться про випадки сприяння таким злочинам шляхом усунення перешкод, які ускладнювали їхнє вчинення. Відповідь на питання, чи існує в КК прогалина щодо кримінально-правової оцінки досліджуваного посередництва, залежить від того, чи сприймає той чи інший науковець або правозастосувач розуміння цього діяння як співвиконавства в наданні або одержанні НВ. Це, своєю чергою, є похідним від того, яке розуміння співвиконавства в злочині обстоює суб'єкт тлумачення КК. Щоправда, зазначений теоретичний підхід, який в юридичній літературі піддається критиці (не завжди коректній), стосується передусім фізичного посередництва і не повною мірою здатен вирішити проблему кваліфікації інтелектуального посередництва в наданні та одержанні НВ. При цьому пропозиції *de lege ferenda*, спрямовані на розв'язання проблем кримінально-правової оцінки посередництва в наданні та одержанні НВ шляхом внесення змін до Особливої частини КК, загалом не можуть розцінюватись як конструктивні.

За таких обставин найбільш прийнятним варіантом розв'язання висвітленої проблеми вважаю законодавчу реалізацію ідеї відмови від вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво у злочині⁵⁰⁷. Тим більше, що відповідні «прецеденти» в межах ст. 27 КК уже створено: а) норма, присвячена підбурюванню (ч. 4 ст. 27 КК), передбачає, що схилити до вчинення злочину, можна «іншим чином» (відсутність однакового законодавчого підходу до описання поведінки співучасників злочину викликає щонайменше здивування); б) описання інтелектуального пособництва (ч. 5 ст. 27 КК), який набуває вигляду обіцянки заздалегідь вчинити певні дії,

⁵⁰⁷ Виявляється, що зазначена особливість – такий собі радянський спадок. Норми про пособництво в загальній частині кримінального законодавства більшості держав-учасниць СНД сформульовані за «радянською» моделлю, яка вичерпним чином описує ознаки пособництва (див.: Кугатов А.Н. Посредничество в совершении преступлений: уголовно-правовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 171).

подано за принципом відкритого переліку: тут використано конструкцію «або іншим чином сприяти приховуванню злочину»⁵⁰⁸. Подібним чином пропонує рухатись Т.Г. Цибулін, який, вважаючи, що посередництво є особливою формою пособництва, а чинна редакція ч. 5 ст. 27 КК обмежує потенціал кримінально-правової протидії пособництву, пропонує викласти цю норму КК у такій редакції: «Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь, усуненням перешкод, посередництвом або іншим чином сприяла вчиненню злочину співучасниками. Пособником є також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину»⁵⁰⁹. Таким чином, йдеться про те, що легалізувати підхід, у межах якого посередництво визнається одним із різновидів (проявів) пособництва як форми співучасті у злочині.

3.5. Кримінально-праве заохочення як альтернативний варіант реагування на вчинення корупційних злочинів

Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ, за умов, визначених у ч. 5 ст. 354 КК, підлягає звільненню від

⁵⁰⁸ Близький до викладеного, але водночас альтернативний підхід до розв'язання проблеми полягає у законодавчому виокремленні посередника як нового виду співучасника у злочині. Посередником пропонується визнавати особу, яка сприяє встановленню контактів між співучасниками, діє за дорученням осіб, які беруть участь у злочині в їхніх інтересах у стосунках з іншими особами, а також передає предмет злочину, його знаряддя і засоби, повідомлення чи іншу інформацію співучасникам або іншим особам (див.: Артеменко Н.В., Минькова А.В. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ. *Журнал российского права*. 2004. № 11. С. 51). Видається, однак, змістовно вказані різновиди посередницької поведінки охоплюються поняттям сприяння іншим співучасникам у вчиненні злочину як рольової характеристики поведінки пособника.

⁵⁰⁹ Цибулін Т.Г. Кримінальна відповідальність за пособництво у вчиненні злочину: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 8, 177.

кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених статтями 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК.

Міжгалузевий (матеріально-процесуальний) інститут звільнення від кримінальної відповідальності, будучи втіленням принципів гуманізму, справедливості та економії кримінально-правової репресії, є формою реагування сучасної держави на вчинення злочинів, альтернативною покаранню та звільненню від покарання. Не всі випадки звільнення від кримінальної відповідальності треба пов'язувати із кримінально-правовим заохоченням. Під останнім зазвичай розуміють стимулювання позитивної (соціально-корисної) посткримінальної поведінки особи, яка вчинила злочин і кримінально-правове обтяження для якої у зв'язку із зазначеною поведінкою усувається або мінімізується.

На думку Л.Ю. Тимофеевої, стосовно особи, яка вчинила злочин, принцип гуманізму реалізується в тому числі через положення статей Особливої частини КК, в яких передбачено спеціальні умови звільнення від кримінальної відповідальності⁵¹⁰. Насправді законодавець при запровадженні норм про спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності (на кшталт аналізованої у цьому підрозділі ч. 5 ст. 354 КК) керувався не стільки принципом гуманізму, скільки положенням про допустимість компромісу в протидії злочинності, переслідуючи цілком конкретні (прагматичні) цілі. За допомогою подібних норм держава дозволяє компроміс з особою, яка вчинила той чи інший злочин, у вигляді гарантії звільнення її від кримінальної відповідальності або пом'якшення покарання в обмін на позитивні вчинки особи, перелік яких вказується у таких нормах⁵¹¹.

⁵¹⁰ Тимофеева Л.Ю. Гуманістична парадигма кримінального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2018. С. 11.

⁵¹¹ Аликперов Х.Д. Уголовно-правовые нормы, допускающие компромисс в борьбе с преступностью. *Государство и право*. 1992. № 9. С. 70-78.

Застосування передбачених Особливою частиною КК заохочувальних норм про звільнення від кримінальної відповідальності не пов'язується з реалізацією дискреційних повноважень суду, тобто таке звільнення є обов'язковим. Вважається, що норми, які покладають обов'язок заохочення, мають більшу спонукальну силу, ніж норми, які уповноважують на заохочення. Було б нелогічно і неправильно, якби закон, з одного боку, містив детальну регламентацію підстав й умов звільнення від кримінальної відповідальності, а з іншого – залишав вирішення цього питання на розсуд компетентних органів, наділяючи їх лише правом без обов'язків. Норми про спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності мають превентивну спрямованість. При цьому неможливо стимулювати позитивну посткримінальну поведінку особи, якщо не гарантувати їй на законодавчому рівні обов'язковість, а не факультативність звільнення від кримінальної відповідальності. Застосування кримінально-правового компромісу за наявності підстав має бути обов'язковим і не залежати від бажання чи небажання уповноваженого державного органу.

Закріплюючи в Особливій частині КК України умови звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці, законодавець не дотримався будь-якої системи, не використав можливості сформулювати загальні норми про звільнення при окремих типових проявах посткримінальної поведінки. У зв'язку з цим у літературі висловлено думку про доцільність відмови від передбачених в Особливій частині КК видів звільнення від кримінальної відповідальності при вчиненні окремих злочинів і про закріплення (уніфікацію) умов такого звільнення в одній нормі, розміщеній у Загальній частині КК⁵¹².

⁵¹² Перспективні напрями по реформуванню кримінальної юстиції в Україні (по матеріалам нарбок Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права). *Кримінальне право України*. 2006. № 8. С. 38.

З такою пропозицією погодитись складно, адже проблематично уявити одну кримінально-правову норму, яка б увібрала в себе все різноманіття ситуацій, передбачених наразі компромісними (заохочувальними) нормами Особливої частини КК. Сумніваюсь у тому, що можна, а отже, слід так уніфікувати описання відповідної позитивної (бажаної для суспільства) поведінки, щоб не втратити при цьому важливі змістовні моменти. Адже умови звільнення від кримінальної відповідальності, регламентованого Особливою частиною КК, формулюються по-різному з урахуванням специфіки того чи іншого злочину і конкретної мети, якої прагне досягнути держава. Це може бути не лише усунення суспільно небезпечних наслідків, а й отримання інформації, необхідної для розкриття вчиненого злочину, попередження вчинення нових злочинів тощо.

Цілі, які переслідує держава, формулюючи спеціальні випадки звільнення від кримінальної відповідальності, можуть бути окреслені й по-іншому. Наприклад, П.В. Хряпінський заохочувальні норми КК поділяє на: 1) норми, спрямовані на припинення злочину, самовикриття і викриття інших осіб, винних у вчиненні злочину, активне розкриття злочину; 2) норми, спрямовані на вилучення з обігу предметів, засобів, речовин, що становлять підвищену суспільну небезпеку; 3) норми, спрямовані на повернення майна, здобутого злочинним шляхом, або на відшкодування завданих збитків⁵¹³. У будь-якому разі поєднати всі вказані цілі в одній кримінально-правовій нормі проблематично. П.В. Хряпінський має рацію, стверджуючи, що уніфікація спеціальних різновидів звільнення від кримінальної від-

⁵¹³ Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: теоретичні, законотворчі та правозастосовні проблеми: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2010. С. 13-14.

повідальності призведе до не виправданого і недоцільного збільшення особливих положень у Загальній частині КК, їхньої непомірної деталізації і не буде відповідати вітчизняним традиціям кримінального законотворення⁵¹⁴. Краще у законодавчому порядку усувати існуючі вади й проблеми правозастосування, пов'язані з кримінально-правовим регулюванням заохочення, роблячи КК чіткішим і зрозумілішим не лише для фахівців, а й для потенційних порушників кримінально-правових заборон.

Корупційні злочини, пов'язані з наданням та одержанням НВ, зазвичай носять прихований та узгоджувальний характер, а тому має бути створене законодавче підґрунтя для співпраці однієї зі сторін такої угоди з правоохоронними органами і розриву кругової поруки, яка об'єднує суб'єктів корупційних злочинів. У цьому й потрібно вбачати призначення (місію) ч. 5 ст. 354 КК як заохочувальної норми, що кореспондує п'ятьом заборонним кримінально-правовим нормам, згаданим на початку цього підрозділу. Не зовсім логічною є відсутність в аналізованій заохочувальній нормі вказівки на ст. 369-3 КК «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань».

Рекомендації міжнародних організацій щодо мінімізації зловживань, можливих при застосуванні подібних заохочувальних приписів, є такими: 1) норма про звільнення від кримінальної відповідальності не повинна застосовуватись автоматично – у суду має бути можливість взяти до уваги різні обставини, включаючи мотиви вчиненого злочину; 2) особа повинна заявити про те, що сталося, протягом короткого проміжку часу після вчинення нею злочину і в будь-якому разі до моменту, коли правоохоронні органи отримали інформацію

⁵¹⁴ Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: монографія. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 247.

про злочин з інших джерел⁵¹⁵; 3) заявник має співробітничати з правоохоронними органами і надавати сприяння кримінальному переслідуванню щодо того, хто одержав неправомірну вигоду; 4) звільнення від кримінальної відповідальності не повинне застосовуватись, якщо надання НВ було ініційовано самим заявником; 5) НВ не повинна повертатись заявнику і має підлягати конфіскації⁵¹⁶.

Чинна редакція ч. 5 ст. 354 КК врахувала якщо не всі, то принаймні більшість цих рекомендацій. Водночас *de lege ferenda* звільненню від кримінальної відповідальності має підлягати лише та особа, яка надала НВ у відповідь на її прохання чи вимагання, а не діяла за власною ініціативою. Інакше, вважає М.І. Хавронюк, штучно може бути створено ситуацію, коли осіб, які поширюють корупційний спосіб життя, треба звільняти від кримінальної відповідальності, а осіб, які внаслідок дій перших можуть стати злочинцями, навпаки, притягувати до неї⁵¹⁷.

⁵¹⁵ З урахуванням цієї рекомендації та з'ясування призначення аналізованого заохочувального припису занадто категоричним вважаю висловлювання про те, що встановлення штучних обмежень при застосуванні спеціальних видів дійового каяття у вигляді визначення моменту, до настання якого можливе звільнення особи від кримінальної відповідальності, позбавляє відповідні положення статей Особливої частини КК (включаючи ч. 5 ст. 354 КК) будь-якого сенсу (див.: Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп: інституціональні та прикладні проблеми. *Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування: матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції (Одеса, 27 грудня 2016 р.)* / відп. ред.: В.О. Туляков. Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 146).

⁵¹⁶ З іншого боку, закріплення положення, відповідно до якого добровільна заява можлива лише до отримання з інших джерел інформації про цей злочин, ставить питання про звільнення «активного» корупціонера від кримінальної відповідальності у залежності від «чесного слова» службової особи, до якої він звернувся із такою заявою (див.: Перешивко О.С. Кримінальна відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2018. С. 205).

⁵¹⁷ Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии: достижения и вызовы: Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009-2012 гг. С. 89-90.

⁵¹⁸ Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019).

З приводу доктринальної пропозиції щодо встановлення додаткових умов для звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини (вчинення злочину вперше і повне відшкодування завданої шкоди чи усунення завданих збитків) у відгуку Н.О. Гуторової як офіційного опонента на кандидатську дисертацію А.В. Боровика «Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за корупційні злочини» слушно зазначається таке. Оскільки ключовою підставою звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ, є викриття отримувача такої вигоди, то факт вчинення злочину вперше не повинен враховуватись як обов'язкова умова при звільненні від кримінальної відповідальності. Щодо обов'язковості повного відшкодування завданої шкоди чи усунення завданих збитків, то встановлення такої ознаки зробить взагалі неможливим звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ, оскільки спосіб, в який вона зможе усунути нематеріальну шкоду, заподіяну родовому об'єкту відповідних злочинів, юридичній науці не відомий.

Аналізована заохочувальна норма КК є обов'язковою для застосування, тобто передбачене нею звільнення від кримінальної відповідальності не є дискреційним. Водночас таке звільнення від кримінальної відповідальності не застосовується, якщо пропозиція, обіцянка чи надання НВ були вчинені щодо осіб, визначених у ч. 4 ст. 18 КК. Інколи таке законодавче рішення критикується на тій підставі, що воно обмежує кількість кримінально-правових засобів протидії корупції транснаціонального рівня і суперечить закріпленому у ст. 1 КК зобов'язанню України охороняти нарівні з внутрішніми (національними) інтересами й міжнародний

правопорядок⁵¹⁸. Насправді зазначений виняток із заохочення (стосовно корупційних деліктів з «іноземними елементами») має раціональне пояснення. Якщо у випадку хабарництва, вчинюваного всередині країни, механізм діяльного каяття може сприяти розкриттю відповідного злочину і кримінальному переслідуванню публічних службових осіб, то у випадку підкупу іноземної службової особи немає гарантій того, що така особа підлягатиме кримінальному переслідуванню. У цьому разі такий механізм звільнення від кримінальної відповідальності є даремним: факт вчинення злочину може стати відомим, але правопорушники залишатимуться безкарними, а цілі правосуддя – нереалізованими⁵¹⁹.

Із законодавчого формулювання «особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду...» випливає, що дія ч. 5 ст. 354 КК не поширюється на осіб, які: 1) вчиняючи злочини, передбачені статтями 354, 368-3, 368-4, 369-2, одержують НВ, приймають пропозицію (обіцянку) НВ або просять про її надання; 2) при вчиненні пропозиції, обіцянки або надання НВ є співучасниками – організаторами, підбурювачами чи пособниками (сказане не стосується співвиконавців).

Для того, щоб бути звільненою від кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 354 КК, особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ, повинна, зокрема, добровільно (тобто з власної волі) заявити про те, що сталось, органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти

⁵¹⁸ Житний О.О. Кримінально-правове заохочення в сфері протидії корупції (новели, проблеми, перспективи). *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків: ХНУВС, 2017. С. 79.

⁵¹⁹ Борьба с коррупцией в Восточной Европе и Средней Азии: достижения и вызовы: Итоговый отчет Организации экономического сотрудничества и развития за 2009-2012 гг. С. 90.

про підозру. Добровільність заяви матиме місце й у разі, коли відповідна ініціатива (але не примус) виходить не від заявника, а від інших осіб (родичів, знайомих тощо).

З положень КПК (статті 22, 36, 38, 40, 276–279) випливає, що адресатами заяви є органи досудового розслідування і прокуратури. Відповідно, звернення з добровільною заявою до іншого державного органу, а так само до органу місцевого самоврядування унеможливило застосування ч. 5 ст. 354 КК. Форма заяви в КК не уточнюється, а тому це може бути зроблено за допомогою телефону, пошти, телеграфу, шляхом особистого з'явлення до правоохоронних органів, передачі інформації про злочин за допомогою іншої особи (кур'єра) тощо. Причому заява про злочин може бути зроблена одразу після вчинення злочину або через певний (у тому числі тривалий) проміжок часу з моменту «активного» підкупу, але у будь-якому разі до отримання уповноваженим державним органом з інших джерел інформації про цей злочин, тобто КК указує і на певні часові межі.

Така умова передбаченого ч. 5 ст. 354 КК звільнення від кримінальної відповідальності, як добровільна заява про вчинення злочину, виключається у випадку, якщо заявник надасть неправдиву інформацію щодо вчинення злочину⁵²⁰.

Традиційно в судовій практиці добровільність заяви того, хто надав НВ (раніше хабар), про вчинений ним злочин пов'язувалась із різними мотивами (страх перед покаранням, помста, заздрість, незадоволення тим, що адресат НВ не виконав обіцяне, бажання викрити суб'єкта «пасивного» підкупу тощо), але не з тим, що про вчинене стало відомо правоохоронним органам. Згадування в ч. 5 ст. 354 КК про здійснення добровільної заяви про вчинений злочин до отримання уповноваженим державним органом інформації про цей

⁵²⁰ Перешивко О.С. Кримінальна відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2018. С. 204.

злочин з інших джерел, як видається, легалізує такий усталений правозастосовний підхід⁵²¹.

Кінцевий момент добровільної заяви про вчинений злочин з погляду застосування ч. 5 ст. 354 КК має визначатись з урахуванням вимог ст. 214 КПК, яка регулює питання внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до ЄРДР⁵²². При цьому перебування особи за обставин, які об'єктивно перешкоджають їй своєчасно повідомити про вчинений нею злочин (природний катаклізм, вчинення щодо особи злочину та її тяжка хвороба тощо), не повинно виключати можливість звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 КК⁵²³.

De lege ferenda з метою уникнення ситуацій зловживання владою службовою особою, яка згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, слід більш конкретно визначити строк, до якого добровільна заява буде визнаватись умовою звільнення особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ, від кримінальної відповідальності. Таким строком може виступати час до внесення відомостей про цей злочин до ЄРДР, оскільки якщо такий службовій особі відомо про факт вчинення злочину, вона відповідно до ст. 214 КПК повинна невідкладно внести про нього відомості в цей реєстр⁵²⁴.

Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ належному суб'єкту, щодо якого вже здійснюються слідчі або

⁵²¹ Крім цього, у такий спосіб законодавець усунув лазівку, суть якої полягала в тому, що в будь-який момент до вручення особі письмового повідомлення про підозру, що потребує певного часу, їй достатньо було заявити про те, що сталося, навіть на місці події злочину будь-якому присутньому представникові правоохоронного органу, оскільки кожен з них неминує представляє орган, службові особи якого мають право повідомляти про підозру, або після прибуття до місця вчинення процесуальних дій безпосередньо слідчому або прокурору, виконавши таким чином приписи закону (див.: Маковецький С. Невигідна вигода. *Юридична газета*. 2015. 16 черв. (№ 24-25)).

⁵²² Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань затверджене наказом Генеральної прокуратури України від 6 квітня 2016 р. № 139.

⁵²³ Осадчий В.І. Кримінально-правова характеристика та кваліфікація підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України). *Юридична Україна*. 2015. № 2. С. 148.

⁵²⁴ Перешивко О.С. Зазначена праця. С. 206.

негласні слідчі (розшукові) дії, та яка після цього звертається до правоохоронного органу, впевнена в тому, що вона своєчасно заявила про вчинений нею злочин, навряд чи може розраховувати на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 КК. Хоч у цій ситуації вбачається добровільність заяви про вчинений злочин, буквальне тлумачення аналізованої норми унеможливило її застосування – через відсутність у цьому разі своєчасності відповідної заяви. На сьогодні така заява може лише пом'якшити покарання (п. 1 ч. 1 ст. 66 КК). Відповідно, суб'єктивне уявлення заявника про обізнаність або необізнаність уповноважених державних органів про скоєний ним злочин (те, наскільки сумлінно помилявся заявник із цього приводу) не має вирішального значення для застосування чинної редакції ч. 5 ст. 354 КК, що, вочевидь, є її вадою.

Особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала НВ і розраховує на звільнення від кримінальної відповідальності, повинна також активно сприяти розкриттю злочину. Відповідна вимога ч. 5 ст. 354 КК зайвий раз спонукає особу демонструвати конкретною корисною поведінкою своє каяття у вчиненому⁵²⁵, а це можна розглядати як ще один вагомий аргумент на користь звільнення її від кримінальної відповідальності. Активним сприянням розкриттю злочину є дії винної особи, спрямовані на надання допомоги органам досудового розслідування й суду у встановленні істини в справі, з'ясуванні фактичних обставин, які мають

⁵²⁵ Підставою звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченого ч. 5 ст. 354 КК, В.М. Куц називає діяльне каяття особи, яка вчинила вказане у цій нормі КК кримінальне правопорушення (див.: Куц В. Кримінально-правові аспекти звільнення від відповідальності у зв'язку з вчиненням корупційного злочину. *Юридична Україна*. 2017. № 2-3. С. 72). Цілком очевидно, що відповідь на питання про причину незастосування кримінальної відповідальності у цьому разі може бути й іншою (вище йшлося про прагнення законодавця створити умови для розірвання кругової поруки, яка об'єднує учасників корупційної угоди як латентної злочинної поведінки). Показово, що в іншій роботі, одним із співавторів якої є В.М. Куц, причиною передбаченої, зокрема, ч. 5 ст. 354 КК відмови від застосування кримінальної відповідальності названо вже недовільність її застосування, обумовлену визначеними у законі обставинами (див.: Куц В.М., Куц В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності суб'єктів корупційних злочинів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 4. С. 171).

істотне значення для розкриття злочину. Це може полягати, зокрема, у правдивому повідомленні про всі відомі епізоди та обставини вчинення злочину, викритті інших співучасників і визначенні ролі кожного з них у вчиненні злочину, повідомленні про їхнє місцезнаходження, наданні допомоги в їх затриманні, а також у видачі НВ. Результативність активного сприяння заявника не повинна впливати на можливість з астосування щодо нього ч. 5 ст. 354 КК.

Звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 КК (за умов виконання передбачених нею умов) не виключається й у випадку, коли належний суб'єкт відмовився одержати НВ, відхиливши відповідну пропозицію (обіцянку).

Звільнення особи від кримінальної відповідальності (ч. 5 ст. 354) не означає відсутності в її поведінці складу злочину та, як наслідок, права цієї особи на повернення їй НВ. Інша правова ситуація має місце в разі, коли особа, на адресу якої надійшло прохання чи вимога НВ, звертається до правоохоронного органу з метою викриття того, хто вчинив такі дії, а далі, уже за вказівкою цього органу, бере участь у проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. У поведінці такої особи вбачається лише «імітація» надання НВ, яка не містить складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 354, ст. 368-3, ст. 368-4, ст. 369 або ст. 369-2 КК. Тому вона не звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 КК, а не підлягає такій відповідальності згідно з п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК (відсутність події кримінального правопорушення).

О.Ю. Бусол запропонувала включити до ст. 44 КК частину 3, згідно з якою звільнення від кримінальної відповідальності не застосовуватиметься у випадку вчинення суб'єктом кримінального правопорушення (злочину), яке містить ознаки корупції та корупційного правопорушення⁵²⁶.

⁵²⁶ Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2015. С. 6, 15, 28.

З одного боку, за рахунок вказівки на корупцію та корупційне правопорушення (а не на корупційні злочини, недосконалий перелік яких містить примітка ст. 45 КК) проєктована норма у кращий бік відрізняється від чинних редакцій статей 45-48 КК. З іншого, ініційованій новелі притаманні згадані вище (підрозділ 3.1) концептуальні вади. Крім цього, пропонована ч. 3 ст. 44 КК у разі її законодавчого закріплення унеможливить застосування ч. 5 ст. 354 КК. Можна по-різному оцінювати якість цього заохочувального припису, однак, повторюю, не слід ігнорувати ту очевидну обставину, що охоплені поняттям корупції правопорушення носять прихований та узгоджувальний характер, а викриття фактів кримінально караного корупції у багатьох випадках можливе тільки за умови співпраці однієї зі сторін злочинної угоди з правоохоронними органами.

Дотичне щодо проблеми тлумачення і застосування ч. 5 ст. 354 КК питання: особа, яка вчинила корупційний злочин, не може бути звільнена від відбування покарання з випробуванням (ч. 1 ст. 75 КК). Водночас застосування ч. 2 цієї статті КК щодо такої особи не виключається. Виходжу з того, що ч. 2 ст. 75 КК, передбачаючи звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або визнання винуватості, на відміну від ч. 1 вказаної статті КК, не містить негативного застереження щодо корупційних злочинів⁵²⁷.

⁵²⁷ Задля справедливості відзначу, що позначене питання є дискусійним як у теорії, так і на практиці. Одні дослідники вважають, що звільняти від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили корупційні злочини, у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, можна, інші – заперечують таку можливість (докладніше див., зокрема: Бурдін В.М. Звільнення від відбування покарання із випробуванням за корупційні злочини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. №3. С. 233-244; Горох О.П. Законодавчі обмеження щодо звільнення від покарання корупціонерів. *Вісник Академії адвокатури України*. 2016. Т.13. № 1. С. 50-53; Книженко О.О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням та укладення угод у кримінальному провадженні щодо корупційних злочинів. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2015. Вип. 1. С. 115-121; Михайленко Д.Г. Звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини. *Вісник прокуратури*. 2016. №1. С. 26-37; Подоляк М. Угоди про визнання винуватості у корупційних злочинах: проблеми та шляхи вирішення. *Вісник прокуратури*. 2018. № 8. С. 58-64; Сосонська А. Застосування кримінально-правових норм щодо звільнення особи від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин: вітчизняне та зарубіжне регулювання. *Вісник прокуратури*. 2018. № 4. С.112-116).

Продовжуючи розкриття особливостей кримінально-правового заохочення при вчиненні корупційних злочинів, відзначу, що вимагання НВ втратило своє значення як складової підстави для звільнення від кримінальної відповідальності: наразі кримінально-правове значення вимагання НВ обмежується визнанням його кваліфікуючою ознакою окремих корупційних злочинів (див. підрозділ 3.3). Ч. 5 ст. 354 КК, на відміну від попередніх заохочувальних приписів (частини п'яти статей 354, 3683, 3684, 369 КК, редакції яких однозначно ускладнювали можливість розірвання кругової поруки та, як наслідок, сприяли підвищенню рівня латентності корупційних злочинів), не згадує про вимагання НВ. Тобто наразі для звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення згаданих злочинів не має значення, чи мало місце стосовно особи, яка надала НВ, вимагання останньої.

Виходячи з того, що притаманна вимаганню НВ погроза заподіяти шкоду правам чи законним інтересам іншої особи призводить до відсутності суспільної небезпеки і загалом правомірності дій того, хто пропонує або передає НВ, В.М. Киричко висловлюється за те, щоб у вдосконалених статтях КК, присвячених корупційним злочинам, вказати на те, що особа, яка пропонувала чи надала НВ (таку особу названо потерпілою), не підлягає кримінальній відповідальності, якщо стосовно неї мало місце вимагання НВ⁵²⁸.

Погодитись із викладеною пропозицією складно, не дивлячись на те, що я поділяю 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.

⁵²⁸ Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. С. 171-175; Киричко В.М. Вимагання неправомірної вигоди як обставина, що виключає кримінальну відповідальність особи, яка пропонувала, обіцяла чи надала неправомірну вигоду. *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. Харків: Право, 2013. С. 515-518.

Справді римські юристи стверджували: *ejus nulla culpa est qui parere necesse sit* (немає вини на тому, хто вимушений підкорятися). Однак у сучасній кримінально-правовій доктрині загальноновизнаним є інший підхід. Так, у контексті дослідження проблеми інформаційної причинності Н.М. Ярмиш зазначає, що примус не виключає волю людини; остання діє за своєю волею, хоч обраний нею варіант поведінки і не є аутентичним (добровільним). Дослідниця також привертає увагу до того, що не завжди заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, обумовлене примусом (коректніше вести мову про примус, оскільки термін «психічний примус» є тавтологічним), має розцінюватись за правилами про крайню необхідність; вирішення питання про кримінальну відповідальність за виконання певної вимоги залежить від того, що саме «пропонувалось на вибір»⁵²⁹.

Щодо позиції законодавця, то згідно з ч. 2 ст. 40 КК психічний примус, тобто вплив на свідомість людини з метою змусити її вчинити злочин (у нашому випадку – надати НВ) за допомогою погрози, виключає кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, 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).

Саме така ситуація має місце у випадку вимагання НВ, 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

⁵²⁹ Ярмиш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): монография. Харьков: Право, 2003. С. 260-261.

кримінальної відповідальності і в поведінці якого вбачаються ознаки складу злочину, інколи називають псевдопотерпілим⁵³⁰. Спонування у вигляді вимагання НВ 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 (надання НВ), варіанти поведінки, включаючи звернення до правоохоронних органів, для відвернення заподіяння шкоди правам і законним інтересам. Вважаю за доречне говорити у цьому разі саме про спонування, а не про примус (змушування, силування, неволення тощо), оскільки поділяю висловлену у літературі думку про доцільність розмежування вказаних понять, що дозволяє по-різному вирішувати питання про кримінальну відповідальність особи, на яку чиниться різний за інтенсивністю інформаційний вплив⁵³¹.

Ч. 2 ст. 24 Закону «Про запобігання корупції» дозволяє особі, яка виявила у своєму службовому приміщенні чи отримала майно, що може бути НВ, або подарунок, не повідомляти про це протягом робочого дня. Це дозволяє особі, спійманій під час одержання НВ, посилатись на те, що вона збиралась повідомити про те, що сталося, відповідного керівника, але пізніше; як наслідок, утруднюється доказування вчиненого злочину. Для вирішення цієї проблеми М.І. Хавронюком пропонується передбачити спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності за одержання НВ, вчиненого за вказаних обставин. Йдеться про доповнення ст. 354 КК частиною 6 такого змісту: «Особа, яка виявила у своєму службовому приміщенні чи одержала, без прохання чи вимагання з її боку, майно, що може бути неправомірною вигодою, звільняється від кримінальної відповідальності за злочин,

⁵³⁰ Музика А.А., Лашук С.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. Київ: Паливода А.В., 2011. С. 74-75.

⁵³¹ Ярмыш Н.М. Зазначена праця. С. 265-267.

передбачений статтями 354, 368, 3683, 3684, 3692 цього Кодексу, якщо після його виявлення, одержання вона невідкладно, але не пізніше закінчення робочого дня, добровільно заявила про те, що сталося, органу, службова особа якого згідно із законом наділена правом повідомляти про підозру, та активно сприяла розкриттю злочину, вчиненого особою, яка надала неправомірну вигоду»⁵³².

Викладена пропозиція навряд чи може бути підтримана. По-перше, з тексту змодельованої заохочувальної норми випливає, що вона підлягатиме застосуванню і щодо тієї особи, яка жодного корупційного злочину не вчинила, а лише виявила у своєму службовому приміщенні певне майно («майно, що може бути неправомірною вигодою»). З урахуванням nereабілітуючого характеру притаманних чинному КК підстав звільнення від кримінальної відповідальності цей інститут є несумісним із поведінкою вказаної особи. По-друге, якщо для того, щоб бути звільненим від кримінальної відповідальності одержувач НВ із добровільною заявою про те, що сталось, вправі зволікати до кінця робочого дня, то хіба це не утруднюватиме доказування скоєного злочину? По-третє, пропонуване звільнення від кримінальної відповідальності «пасивного» корупціонера, який у вказаний спосіб діяльно покався у вчиненому, не узгоджується з жорстким спеціальним кримінально-правовим режимом протидії корупційним злочинам (включаючи незастосування ст. 45 КК), обґрунтованість закріплення якого в КК автором аналізованої законодавчої ініціативи сумніву не піддається. Пропонований крок, вочевидь, не сприятиме ефективній протидії корупційним злочинам, пов'язаним із наданням-одержанням НВ.

⁵³² Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019).

3.6. Кримінально-правова заборона щодо незаконного збагачення як одне з найбільш контраверсійних положень антикорупційного законодавства України

До ухвалення 26 лютого 2019 р. рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (далі у цьому підрозділі – рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.), яким цю статтю була визнано такою, що суперечить юридичній визначеності як складовій конституційного принципу верховенства права і презумпції невинуватості, щодо змісту, значення і перспектив ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення» в юридичній літературі висловлювались діаметрально протилежні судження. Однак і після визнання її неконституційною вказана кримінально-правова заборона продовжує залишатись справжнім каменем спотикання для вітчизняних правників, політичних діячів і пересічних громадян; тим більше, що оприлюднення рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. призвело до активізації законопроектної роботи, спрямованої на «реанімацію» відповідної статті КК. Мої погляди на неї також не залишались незмінними і піддавались еволюції – від характеристики статті КК про відповідальність за незаконне збагачення як сумнівної законодавчої новели до поступового усвідомлення її потрібності для більш ефективної протидії корупції в сучасних умовах⁵³³ і вироблення розрахованих передусім на практиків рекомендацій щодо її застосування.

⁵³³ Останнім часом я висловлював сподівання на те, що «тіркі ліки» допоможуть і що виважене (без ухилів) застосування ст. 368-2 КК, не маючи нічого спільного з «полованням на відьом» із політичним підтекстом, сприятиме зниженню рівня корумпованості українського суспільства.

Так, даючи оцінку первісній редакції ст. 368-2 КК і визначаючи її перспективи, я разом із Т.М. Тертиченко писав, що Україна не була готова до встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння рекомендується визнавати злочином у Конвенції ООН проти корупції, а справжньої потреби в існуванні кримінально-правової заборони про незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння визнавалось злочином, немає. Більш доречним ми вважали шлях вдосконалення цивільно-правового порядку вилучення безпідставно набутого майна і запровадження кримінальної відповідальності публічних службовців за відмову від декларування доходів і майна, а так само за надання завідомо неправдивих відомостей про їх (доходів і майна) походження. Щоправда, криміналізації такого діяння мало передувати законодавче запровадження системи обов'язкового декларування і, головне, реалізація такої системи на практиці⁵³⁴.

Згадавши викладену наукову позицію в своєму відгуку офіційного опонента на дисертацію О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)», В.А. Мисливий відзначив, що на сьогодні систему відповідного декларування запроваджено, а КК доповнено статтею 366-1 «Декларування недостовірної інформації». Це актуалізує питання, чи не є достатнім для кримінально-правової протидії незаконному збагаченню ст. 366-1 КК і чи не варто в такому випадку вважати ст. 368-2 КК зайвою (дублюючою) нормою.

З огляду як на рішення КСУ від 26 лютого 2019 р., так і на серйозні проблеми, пов'язані з тлумаченням і застосуванням статті КК про відповідальність за незаконне збагачення

⁵³⁴ Дудоров О., Тертиченко Т. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2011. № 3. С. 30, 33.

(наразі визнаної неконституційною), поставлене питання не виглядає надуманим. Перспективність такого альтернативного (створенню нової кримінально-правової заборони, щодо найбільш вдалої редакції якої наразі триває гостра дискусія) шляху протидії незаконному збагаченню зумовлена, серед іншого, тим, що, крім заходів, згаданих у ст. 69 Закону «Про запобігання корупції» і розрахованих на майно, одержане внаслідок вчинення корупційних правопорушень, у зв'язку з їх вчиненням (тобто конфіскації і спеціальної конфіскації) можуть застосовуватись й інші правові заходи. І щодо останніх питання про порушення конституційного принципу презумпції невинуватості, у тому числі керуючись яким КСУ «поховав» ст. 368-2 КК, взагалі не виникає.

Так, згідно з п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК майно (грошові кошти або інше майно, а також доходи від них) засудженого за вчинення корупційного злочину, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, його пов'язаної особи конфіскується, якщо в суді не підтверджено законність підстав набуття прав на таке майно. Цей захід не може вважатися ні спеціальною конфіскацією (про нього відсутнє застереження у ст. 96-1 КК), ні вирішенням питання про долю речових доказів (майно, що вилучається, може і не бути речовим доказом у розумінні ст. 98 КПК). Вказаний захід може бути позначений як вилучення благ, походження яких особа не може пояснити⁵³⁵. Його запровадження у правову систему України є підстави розцінювати як виконання відповідних міжнародно-правових рекомендацій. Так, згідно з п. 8 ст. 31 Конвенції ООН проти корупції держави-учасниці можуть запровадити вимогу, щоб особа, яка вчинила злочин, доводила законне походження доходів, ймовірно отриманих внаслідок злочину,

⁵³⁵ Задоя К. Примусове вилучення майна, пов'язаного із вчиненням злочину. Як підвищити ефективність кримінального судочинства. *Юридичний вісник України*. 2015. 29 серп. – 4 верес. (№ 34).

або іншого майна, що підлягає конфіскації, – тією мірою, якою ця вимога відповідає, зокрема, основоположним принципам внутрішнього законодавства країни.

У главі 12 розділу III Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК) йдеться про визнання необґрунтованими активів та їх витребування в порядку позовного провадження. ЦПК у цьому разі визначає один із видів цивільно-правової конфіскації, якій має передувати кримінальне провадження та яка має схожість з конфіскацією, передбаченою в п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК⁵³⁶, але не згадану у статтях 96-1 і 96-2 КК. Згідно зі ст. 290 ЦПК відповідний позов може бути пред'явлено до особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стосовно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Відповідні статті ЦПК не суперечать ч. 2 ст. 328 ЦК, яка закріплює презумпцію правомірності набуття майна, адже обвинувальний вирок суду – достатня підстава, щоб відійти від цієї презумпції, поклавши тягар доказування обґрунтованості набуття майна на його власників. Суд визнає необґрунтованими активи, якщо на підставі поданих доказів не встановлено, що активи або грошові кошти, необхідні для придбання активів, щодо яких поданий позов про визнання їх необґрунтованими, були набуті на законній підставі. Активи, визнані судом необґрунтованими, стягуються в дохід

⁵³⁶ Статті 290-292 ЦПК і п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК законодавець не пов'язав між собою відповідними посиланнями, а тому питання про їх співвідношення залишається відкритим. Взагалі не зовсім зрозуміло, для чого було доповнювати ч. 9 ст. 100 КПК пунктом 6-1, якщо в ЦПК з'явилися ідентичні положення (і за правовою природою їм місце саме в ЦПК). Фактично захід, передбачений ЦПК, – це своєрідне цивільно-правове *alter ego* вилучення благ, про яке йдеться в КПК (див.: Задою К. Зазначена праця).

При цьому вадою і попереднього, й оновленого порядку позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування є те, що позов не може бути пред'явлений до осіб, які є близькими особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які володіють чи користуються відповідними активами і майнове становище яких має прискіпливо вивчатись у такій ситуації.

держави (статті 291, 292 ЦПК)⁵³⁷. Виходить, що визнання необґрунтованими активів та їхнє витребування обмежується як видами злочинів (це корупційні злочини та відмивання⁵³⁸), так і характеристиками їх суб'єктів (у ЦПК йде мова про злочини, вчинені особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і зазначеними у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції»).

Повертаючись до власне кримінально-правової матерії, відзначу, що більшість європейських країн неохоче здійснює криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінально караного діяння. Причинами цього називаються порушення відповідною заборонаю принципів кримінального судочинства та конституцій щодо презумпції невинуватості, а також наявність в національному законодавстві достатніх превентивних заходів для боротьби з корупцією, включаючи незаконне збагачення⁵³⁹.

У ст. 20 Конвенції ООН проти корупції умисне незаконне збагачення визначається як значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи та які (треба так розуміти – активи) вона не може раціонально обґрунтувати. Як бачимо, основний зміст незаконного збагачення в конвенційному розумінні є таким: живеш не за заробленими коштами і не можеш це розумними чином пояснити – ти злочинець. При цьому в тексті вказаного міжнародно-правового документа зроблене серйозне застереження, яке підтверджує факультативний характер наведеного положення: держава-учасниця Конвенції розглядає можливість криміналізації незаконного збагачення за умови

⁵³⁷ Докладніше див.: Кравчук В.М. Визнання активів необґрунтованими: український експеримент. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 5. С. 42-48.

⁵³⁸ Цей перелік слід розширити щонайменше за рахунок декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК). Крім того, варто вдосконалити перелік корупційних злочинів (див. підрозділ 3.1).

⁵³⁹ Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Альманах міжнародного права*. 2014. Вип. 4. С. 87.

дотримання своєї конституції та основоположних принципів власної правової системи⁵⁴⁰.

Ст. 20 Конвенції ООН проти корупції встановлює презумпцію походження майна державної посадової особи внаслідок вчинення корупційних діянь, і цю презумпцію особа, яка обвинувачується в незаконному збагаченні, має спростувати. Але, як зауважує Г.І. Богуш, насправді кошти можуть мати будь-яке походження, хай навіть і незаконне, однак зовсім не обов'язково пов'язане з корупцією. Стверджується також, що факт наявності в особи доходів, які вона не може розумно пояснити, є хіба що серйозним порушенням службової етики, але не кримінально каранюю корупцією. Крім цього, з конвенційного визначення незаконного збагачення не зрозуміло, стосовно якого діяння має встановлюватись умисна форма вини, бо значне збільшення активів є не діянням, а його наслідком. Виходить, що діяння презюмується, а це суперечить положенню класичного кримінального права про відповідальність особи за винні діяння. Фактично ст. 20 Конвенції ООН проти корупції вимагає визнавати злочином стан (наявність активів), в якому опинилась особа; дії ж, у результаті яких можуть бути утворені такі активи (розкрадання, зловживання тощо), вже криміналізовано⁵⁴¹.

Натомість інші дослідники підкреслюють, що презумпція невинуватості, будучи принципом кримінального судочинства, не перешкоджає криміналізації незаконного збагачення і не повинна заважати притягненню до кримінальної відповідальності осіб, які мають у державі особливий статус і поведінка яких становить підвищену небезпеку для суспільства;

⁵⁴⁰ Подібне застереження містить присвячена незаконному збагаченню ст. 9 Міжамериканської конвенції щодо боротьби з корупцією.

⁵⁴¹ Богуш Г.І. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции. *Вестник Московского университета. Серия 11. Право.* 2006. № 3. С. 33-34; Михайлов В. Статья 20 Конвенции ООН против коррупции об ответственности за незаконное обогащение и возможные направления отражения ее идеи в правовой системе Российской Федерации. *Уголовное право.* 2012. № 2. С. 116.

встановлення факту надприбутків публічної посадової особи породжує серйозні сумніви в її не корумпованості⁵⁴². З практики ЄСПЛ випливає, що презумпція невинуватості і право не свідчити проти себе не є абсолютними і повинні застосовуватись відповідно до принципів розумності, справедливості і співмірності обмеженню прав та основних свобод⁵⁴³. Виступаючи проти фетишизації презумпції невинуватості, В.О. Навроцький висловлюється вельми емоційно: «Будьякий покидьок, на якому тавра ніде ставити, буде лементувати про презумпцію невинуватості тоді, коли хтось посміє сказати лише про можливість перевірки способу життя, джерел доходів, а ті, які за посадою або суспільним становищем покликані виводити негідників на чисту воду, послужливо погоджуються з таким способом відвернути увагу від особи»⁵⁴⁴. Небезпідставним вважаю припущення про те, що відсутність криміналізації незаконного збагачення в РФ та інших країнах СНД насправді зумовлена не порушенням конституційного принципу презумпції невинуватості, а соціально-політичними причинами⁵⁴⁵.

Цікаво, що ні в Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією, ні в Додатковому протоколі до неї серед заходів, яких, на думку держав-членів РЄ, необхідно вживати на наці-

⁵⁴² Слід зважати на особливий статус обвинуваченого; державні посадові особи обізані про підвищені стандарти доброчесності, застосовними до них під час перебування на посаді, а також про відповідні обов'язки щодо декларування та обґрунтування свого доходу згідно зі встановленими законами процедурами (п. 7 розбіжної думки С.П. Головатого щодо рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.).

⁵⁴³ Борков В. Проблемы криминализации коррупционного обогащения в России. Уголовное право. 2007. № 2. С. 31; Беляева Ю.Л. Имплементация ст. 20 Конвенции ООН против коррупции 2003 г. в российское уголовное законодательство. *Московский журнал международного права*. 2015. № 1. С. 173.

⁵⁴⁴ Навроцький В.О. Кримінально-правові аспекти презумпції невинуватості. *Протидія злочинності: теорія і практика*: матеріали VII Всеукраїнської науково-практичної конференції (19 жовтня 2016 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2016. С. 48.

⁵⁴⁵ Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография; под общ. и науч. ред. д.ю.н., проф., заслуженного деятеля науки РФ С.П. Щербь. Москва: Изд-во «Юрлитформ», 2010. С. 466.

ональному рівні для боротьби з корупцією, про криміналізацію незаконного збагачення не йдеться. Тому допускає неточність В.Н. Кубальський, який виокремлення в нашому КК заборони, присвяченої незаконному збагаченню, пов'язує зі сприйняттям рекомендацій не лише ООН, а й РС⁵⁴⁶.

Ст. 368-2 КК, викладену в редакції Закону від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» і визнану неконституційною рішенням КСУ від 26 лютого 2019 р., були підстави визнавати компромісною: вона стала результатом (причому більш адекватним порівняно з первісною редакцією цієї статті КК) виконання Україною відповідної міжнародно-правової рекомендації (ст. 20 Конвенції ООН проти корупції), і водночас в її редакції, на мою думку, не вбачалось порушень (принаймні явних, не прихованих) презумпції невинуватості. Твердження М.Р. Кліменко та Є.В. Лащука про те, що імплементація конвенційного положення про незаконне збагачення у національне кримінальне законодавство суперечить вказаному конституційному принципу⁵⁴⁷, не повною мірою враховувало «творчий» підхід вітчизняних парламентаріїв, які при формулюванні згаданої редакції аналізованої кримінально-правової заборони спробували (щонайменше текстуально) відійти від положення, закріпленого в ст. 20 Конвенції ООН проти корупції.

⁵⁴⁶ Кубальський В.Н. Проблеми введення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Правова держава*. 2013. Вип. 24. С. 369.

⁵⁴⁷ Кліменко М.Р., Лащук Є.В. Спеціальна конфіскація крізь призму міжнародної та національної кримінально-правової політики. *Вісник Верховного Суду України*. 2016. № 8. С. 40-41.

Беручи до уваги цей сумнівний аргумент і називаючи ст. 368-2 КК декларативним посиленням боротьби з корупцією, окремі автори висловлювались за виключення цієї статті з КК (див. Бантишев О.Ф., Романюк Б.В. Корупційні злочини як можливе готування до вчинення інших кримінальних правопорушень. *Юридичний вісник*. 2018. № 1. С. 155).

Відповідно до статей 62 і 63 Конституції України: ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину; особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе; усі сумніви щодо доведеної вини особи тлумачаться на її користь; обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях. Очевидно, що формулювання кримінально-правової норми про незаконне збагачення в ключі, рекомендованому Конвенцією ООН проти корупції (коли на особу, аби уникнути кримінальної відповідальності, покладається обов'язок пояснити походження належного їй майна, і цей обов'язок включається в склад злочину), суперечило б наведеним конституційним приписам. Так само вважає І.Б. Газдайка-Василишин, на думку якої врахування ст. 62 Конституції України унеможливило криміналізацію незаконного збагачення в такому розумінні, як його (незаконне збагачення) тлумачить Конвенція ООН проти корупції⁵⁴⁸.

У п. 6.2 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції») зазначалось, що дискусія про презумпцію невинуватості не є актуальною у контексті того, як незаконне збагачення визначається в українському законодавстві; тягар доведення за ст. 368-2 КК повністю лежить на стороні обвинувачення. Відтак це не суперечить праву підсудного на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ). Про це саме писав О.І. Гузоватий, стверджуючи, що ст. 368-2 КК сформульована з додержанням права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе⁵⁴⁹. Водночас Д.Г. Михайленко висловлювався більш обережно: в основі

⁵⁴⁸ Газдайка-Василишин І. Б. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення. *Митна справа*. 2012. № 4. Ч. 1. Кн. 1. С. 87.

⁵⁴⁹ Гузоватий О.І. Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження): дис. ... канд. юрид. наук. Дніпро, 2016. С. 49.

формулювання ст. 368-2 КК лежить прагнення відсторонитися від прямої вказівки на обов'язок суб'єкта раціонально обґрунтувати походження активів, які перевищують задекларовані легальні доходи, чим обійти або завуалювати проблему тягара доказування на суб'єкта злочину та порушення права не свідчити проти себе⁵⁵⁰. Як буде показано нижче, підстави для такої обережності (стриманості) в оцінці аналізованої кримінально-правової заборони в контексті її співвідношення з конституційними приписами існували. Так само вираженою виглядала думка В.В. Навроцької про те, що імплементація ст. 20 Конвенції ООН проти корупції та безпека української держави, поставленої під загрозу масовими проявами корупції, цілком можуть дати підставу для поставлення питання про допустимість деяких обмежень у застосуванні принципу презумпції невинуватості⁵⁵¹. У будь-якому разі складно було погодитись з А.С. Політовою, яка закликала ч. 1 ст. 368-2 КК сформулювати відповідно до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції⁵⁵². Для того, щоб не порушувати ст. 62 Конституції України, при описанні складу злочину «незаконне збагачення» не треба вказувати на обов'язок особи раціонально обґрунтувати перевищення законних доходів для доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину⁵⁵³.

⁵⁵⁰ Михайленко Д.Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні : соціальна обумовленість та тест на пропорційність. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*: збірник наук. праць. Том XVII / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юрид. літ., 2015. С. 368, 371-372.

Під час захисту своєї докторської дисертації Д.Г. Михайленко ще раз наголосив на тому, що негативний висновок суду, зроблений ним з урахуванням мовчання обвинуваченого у незаконному збагачення, є нічим іншим як обмеженням принципу презумпції невинуватості, а тому ст. 368-2 КК вуалює фактичне обмеження дії цього принципу.

⁵⁵¹ Навроцька В.В. Суд на Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права та процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 153.

⁵⁵² Політова А.С. Практика притягнення до кримінальної відповідальності за статтю 368-2 Кримінального кодексу та шляхи її підвищення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 204.

⁵⁵³ Трофименко Р.В. Шляхи удосконалення правового механізму протидії незаконному збагаченню. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2013. № 2 (30). С. 189.

З урахуванням сказаного я, на відміну від А.В. Савченка, який схвально поставився до відповідної ідеї⁵⁵⁴, критично оцінив законопроект від 4 лютого 2016 р. (реєстр. № 4025) «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України», на підставі якого диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК пропонувало викласти в такій редакції: «Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі, які вона не може обґрунтувати, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі...». Вважаю, що не ч. 1 редакції ст. 368-2 КК, скасованої КСУ, не враховує норми ст. 62 Конституції України щодо гарантій презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину, як про це зазначалось у підписаному Р.В. Князевичем висновку Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя щодо загаданого законопроекту, а ч. 1 викладеної в його редакції ст. 368-2 КК.

Д.Г. Михайленко також висловлювався за те, щоб викласти ч. 1 ст. 368-2 КК у редакції, максимально наближеній до ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, констатує при цьому незначну глибину обмеження принципу презумпції невинуватості встановленням кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у форматі конвенційної норми. Стверджувалось що за умови попереднього доведення державою значного збільшення активів суб'єкта і невідповідності такого збільшення задекларованим законним доходам перенесення тягара обвинувачення нормою КК про незаконне збагачення з метою протидії корупції означатиме допустиме порушення гарантій, що впливають з презумпції

⁵⁵⁴ Савченко А.В. Вдосконалення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України). *Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинності*: матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. 25 листопада 2016 р. Одеса: ОДУВС, 2016. С. 157.

невинуватості, і не суперечитиме ст. 62 Конституції України, ст. 17 КПК і ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ⁵⁵⁵. На мою думку, вказаних (подібних) законодавчих змін варто уникати, якщо, звичайно, виходити з потреби існування окремої статті КК про відповідальність за незаконне збагачення. Про перенесення тягаря доказування на обвинуваченого (у тому числі в розглядуваній ситуації) можна вести мову лише після внесення змін до ст. 62 Конституції України (остання сформульована імперативно і за буквального її тлумачення не допускає можливості її порушення, навіть адекватного суспільно значущій меті). Викладення кримінально-правової норми про незаконне збагачення в редакції згаданого законопроекту суперечило б (причому явно, відкрито) презумпції невинуватості і праву не свідчити проти себе.

До речі, критикуючи формулювання ст. 20 Конвенції ООН проти корупції і, відповідно, його неприйнятність для потреб удосконалення КК РФ, В.М. Бурлаков констатує очевидну нерелевантність цього формулювання: незаконність поведінки впливає не з кримінально-правової заборони, а з відсутності в службової особи можливості розумним чином пояснити перевищення фактичних активів над законними доходами. Така підстава кримінальної відповідальності є непринятною з огляду на її невизначеність⁵⁵⁶. Видається, що це зауваження цілком може бути екстрапольоване на формулювання диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК України, викладеної в редакції законопроекту «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України».

Тут доречно згадати, що у КК Республіки Молдова з 2013 р. діє ст. 330-2 «Незаконне збагачення», відповідно до ч. 1 якої

⁵⁵⁵ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 386, 390, 391-392.

⁵⁵⁶ Бурлаков В.Н. Криминализиация незаконного обогащения: теоретическая модель состава преступления. *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права*. 2015. Т. 9. № 1. С. 15.

володіння посадовою чи публічною особою, особисто або через третіх осіб, майном, вартість якого істотно перевищує отримані нею кошти і щодо якої встановлено на підставі доказів, що воно не могло бути отримано законним шляхом, карається штрафом у розмірі від 6000 до 8000 умовних одиниць або позбавленням волі на строк від 3 до 7 років з позбавленням в обох випадках права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років. Рішенням Конституційного Суду Республіки Молдова положення КК про незаконне збагачення визнані такими, що відповідають Конституції. При цьому Конституційний Суд у своєму рішенні, зокрема, зазначив, що: а) обов'язок доводити незаконне збагачення лежить виключно на державних органах; б) відповідна кримінально-правова норма не вимагає від державного службовця «раціонально обґрунтувати» своє майно. Положення закону «встановлено на підставі доказів, що воно [майно] не могло бути отримано законним шляхом» вказує на те, що державні органи повинні представляти в установленому законом порядку додаткові докази незаконного характеру майна; в) оспорювані положення не перевищують межі конституційних норм і виправдані інтересами державної безпеки і боротьби з корупцією. Також Конституційний Суд Республіки Молдова висловив думку про те, що в разі очевидних невідповідностей між заявленим майном на день призначення або вступу на посаду і майном, придбаним протягом обіймання посади, і за наявності неспростованих доказів того, що це майно не могло бути придбано за рахунок доходів, отриманих законним шляхом, або в інший законний спосіб, презумпція невинуватості припиняє діяти і порушується процедура контролю майна⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Постановление Конституционного Суда Республики Молдовы № 6 от 16.04.2015 о контроле конституционности некоторых положений Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса (расширенная конфискация и незаконное обогащение) (п. 101). URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2> (дата звернення: 10.02.2019).

У березні 2017 р. Конституційний Суд Литовської Республіки, розглянувши подання щодо відповідності Конституції цієї держави ст. 189-1 КК Литви у частині відповідності принципу верховенства права, презумпції невинуватості особи та забороні нести юридичну відповідальність за одну й ту саму дію двічі, визнав статтю про незаконне збагачення конституційною. Відповідно до ст. 189-1 КК Литви будь-яка особа, яка на основі речового права володіє майном вартістю більше 500 розмірів прожиткового мінімуму (близько \$ 24 тис.), і знала чи повинна була знати, що це майно не могло бути придбане за рахунок її законних доходів, підлягає покаранню у виді штрафу, арешту або позбавлення волі на строк до 4 років. При винесенні відповідного рішення Конституційний Суд Литви виходив із такого: а) законодавець визнав незаконне збагачення небезпечним кримінальним діянням, прагнучи зробити економічно невідповідними злочини, пов'язані з корупцією, власністю, економікою, фінансами, інші корисливі злочини, а також запобігти таким діянням і нанесенню збитків державі та суспільству; б) ст. 189-1 КК Литви не регулює процедуру доведення винуватості особи, натомість це врегульовано у КПК, відповідно до якого прокурор зобов'язаний довести винуватість особи; в) підозрюваний чи обвинувачений має право надавати необхідні докази на свій захист, але обов'язок доводити відсутність незаконного збагачення у своїх діях на таку особу не покладається. Таким чином, на думку Конституційного Суду Литовської Республіки, ст. 189-1 КК Литви не порушує презумпцію невинуватості особи, не перекладає обов'язок доказування на підозрюваного чи обвинуваченого, а також не примушує особу свідчити проти самої себе⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania of 15 March 2017 «On Criminal Liability for Illicit Enrichment». Summary / The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 2017. URL: <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1688/summary> (дата звернення: 10.02.2019).

Здійснюючи телеологічне (цільове) тлумачення ст. 368-2 КК⁵⁵⁹, результати якого можуть і не збігатись з результатами іншого (зокрема, граматичного і системного) тлумачення кримінального закону, відзначаю, що кримінальна відповідальність за незаконне (корупційне) збагачення покликана забезпечити прозорість поведінки публічних службових осіб і спроможна відіграти роль одного з дієвих засобів протидії латентній корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності у відповідного суб'єкта надмірного майна, походження якого не можна пояснити законними джерелами отримання доходів (інакше кажучи, презюмується корупційне походження активів).

Основна ідея виокремлення (самостійного існування) досліджуваної кримінально-правової заборони зазвичай убагацьється в: 1) необхідності її існування як елемента не основного, а завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції⁵⁶⁰; 2) переорієнтації правоохоронних органів з доказування вчинення конкретного корупційного діяння на виявлення і фіксацію факту незаконного збагачення. Відпадає необхідність у складній слідчій діяльності з доказування первинного (предикатного) діяння. Акцент, таким чином, переноситься з кримінального діяння на кримінальний результат на основі припущення про винуватість особи, яка живе на за офіційними доходами і майнове становище якої було істотно

⁵⁵⁹ Тут і далі, якщо не зроблено застережень, мається на увазі редакція цієї статті КК, визнана неконституційною на підставі рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.

⁵⁶⁰ Призначенням норми про незаконне збагачення в механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам є встановлення додаткового бар'єру з метою охорони правовідносин від корупційних злочинних посягань шляхом притягнення до кримінальної відповідальності за вчиненні в минулому суспільно небезпечні діяння, які залишилися латентними, але результати скоєння яких виявилися в необґрунтованому збільшенні активів спеціального суб'єкта. Тому норма про незаконне збагачення належить до завершального рубежу правової протидії корупційним злочинам (див.: Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. С. 182).

поліпшено за допомогою незаконного використання нею свого службового становища⁵⁶¹.

Як відзначив М.І. Хавронюк у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)», не має принципового значення, вдається зловити корупціонера «на гарячому» чи про його корупційну діяльність стає відомо тоді, коли вона яскраво засвідчується статками корупціонера, незрівнянними з його статусом «слуги народу». За слушним висловлюванням Л.П. Брич, будучи останнім рубежем кримінально-правової протидії корупції, ст. 368-2 КК покликана перекривати можливі шляхи уникнення кримінальної відповідальності за інші корупційні злочини, кримінально-процесуальне доказування яких є складним⁵⁶².

За бажання до подібних міркувань можна поставитись і критично, адже виходить, що встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення в тому вигляді, в якому це діяння визнавалось злочином, засвідчувало неспроможність правоохоронних органів викрити корупціонерів у вчиненні конкретних зловживань. У будь-якому разі в світлі сказаного надання ст. 368-2 КК ролі лише ефективного механізму позбавлення злочинців незаконно набутого майна, на чому наголошувалось у Засадах державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджених Законом від 14 жовтня 2014 р., припинувало значення відповідної кримінально-правової заборони при тому, що її остання редакція не дозволяла

⁵⁶¹ Лобач Д.В., Смирнова Е.А. Проблемы имплементации международно-правовой нормы о незаконном обогащении в российское законодательство. *Всероссийский криминологический журнал*. 2016. Т. 10. № 4. С. 802, 805, 807.

⁵⁶² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1168.

визнавати незаконне збагачення корупційним злочином (див. підрозділ 3.1).

Предметом незаконного збагачення виступали активи в значному розмірі. Ця ознака розкривалась у п. 2 примітки ст. 3682 КК і передбачала необхідність оцінки активів у національній валюті України. При цьому мінімальний поріг у вигляді однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), як зазначається в п. 5.7 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції», є занадто високим. Він приблизно дорівнює сумі доходу публічного службовця за 10 років. Це значна сума для публічних службовців, а тим більше для звичайних громадян. Встановлення такого мінімального порогу для визначення того, що є незаконним збагаченням, може сприяти формуванню хибного уявлення про допустимість певного рівня корупційної діяльності. Тому необхідно або вилучити мінімальний поріг вартості майна, походження якого неможливо пояснити і володіння яким вважається кримінальним правопорушенням – незаконним збагаченням, або встановити цей поріг на рівні не більше 5-10 НМДГ.

Вважаю таку рекомендацію неприйнятною, оскільки вона не враховує: 1) вказівку ст. 20 Конвенції ООН проти корупції на значне збільшення активів державної посадової особи; 2) призначення ст. 368-2 КК як заборони, що розрахована не на конкретне корупційне зловживання (на кшталт одержання НВ) та уособлює завершальний рубіж кримінально-правової протидії корупції; 3) обмеженість ресурсів правоохоронних органів і доцільність зосередження їх зусиль на тих фактах незаконного збагачення, який мають значний суспільний резонанс. Як слушно зазначається в літературі, законодавче встановлення значного розміру незаконного збагачення дозволяє не витратити зусилля і засоби на факти дрібного

незаконного збагачення та виключити ситуацію, коли правоохоронні органи звітуватимуть за допомогою викритих фактів незначних за розмірами незаконних збагачень⁵⁶³. М.І. Хавронюк, називаючи закріплений у ст. 368-2 КК підхід виправданим, пише, що значний розмір активів як предмета незаконного збагачення є значним – йдеться про зарплату державного службовця не за місяць, а за 10 (!) років, і таке обмеження сфери дії кримінального закону враховує обмежені можливості правоохоронної системи, яка не повинна розмінюватись на дрібниці⁵⁶⁴.

Вважаючи за необхідне диференціювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення з урахуванням не лише службового становища суб'єкта злочину, а і розмірів незаконного збагачення, О.І. Гузоватий запропонував у різних частинах ст. 368-2 КК передбачити відповідальність за набуття активів: у значному розмірі – якщо розмір (вартість) грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них перевищує сто НМДГ, у великому розмірі – якщо розмір активів перевищує двісті НМДГ, в особливо великому розмірі – якщо розмір активів перевищує п'ятсот НМДГ⁵⁶⁵. Не відкидаючи як таку ідею диференціації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залежно від вартості протиправно набутих активів, зауважу, що в науковій кваліфікаційній роботі О.І. Гузоватого відсутнє бодай якесь обґрунтування запропонованих кількісних показників, які, таким чином, є довільними і, відповідно, не можуть слугувати приводом для предметної дискусії. Якщо ж дослідник вирішив просто відтворити показники НВ, закріплені в примітці

⁵⁶³ Абросимов Н.В. К вопросу о криминализации за незаконное обогащение в уголовном законодательстве Российской Федерации. *Вестник Нижегородской академии МВД РФ*. 2011. № 16. С. 235.

⁵⁶⁴ Хавронюк М. І. Рецензія на статтю Віктора Трепака «Незаконне збагачення: кого і за що каратимуть». URL: <http://pravo.org.ua/ua/news/20871749-retsenziya-na-stattyu-viktora-trepa-ka-nezakonne-zbagachennya-kogo-i-za-scho-karatimut> (дата звернення: 10.02.2019).

⁵⁶⁵ Гузоватий О.І. Зазначена праця. С. 95-96, 189, 195.

первісної редакції ст. 368-2 КК, то мушу нагадати, що в документах, пов'язаних зі становленням нового антикорупційного законодавства України, був відсутній навіть натяк на обґрунтування зазначених величин.

Обов'язковою ознакою предмета складу злочину, передбаченого ст. 368-2 КК, було те, що законність підстав набуття активів у власність не підтверджувалась доказами. Таке незвичне законодавче формулювання (а воно породжувало чи не найбільше дискусій), на мою думку, не означало, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, задля уникнення обвинувачення її в незаконному збагаченні зобов'язана була доводити факт законності набуття нею певних активів. Принаймні таку позицію я намагався послідовно обстоювати в коментарях до ст. 368-2 КК. Навпаки, думка про покладання відповідного обов'язку на суб'єкта незаконного збагачення висловлювалась у висновку Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції, а також в юридичній літературі. Наприклад, О.О. Книженко писала, що, виходячи зі ст. 368-2 КК, можна стверджувати, що законодавець фактично поклав обов'язок доводити законність підстав набуття активів у власність на суб'єкта злочину⁵⁶⁶. Зроблений О.О. Книженко наголос на фактичності покладання відповідного обов'язку певною переформулюванням з викладеною вище думкою Д.Г. Михайленка про намагання законодавця завуалювати в останній редакції ст. 368-2 КК проблему тягара доказування та порушення права не свід-

⁵⁶⁶ Книженко О.О. Проблемні аспекти кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. № 2 (10): збірник наукових праць / редкол. О.М. Бандурка (голов. ред.) та ін. Харків: ХНУВС, 2015. С. 113.

чити проти себе, а також позицією окремих зарубіжних дослідників, які принципом, порушуваним складом злочину «незаконне збагачення, називають право не свідчити відносно себе та близьких осіб. Таке право вимагає від сторони обвинувачення довести свою правоту, навіть якщо обвинувачений вирішить не давати жодних показань і доказів протягом усього процесу. При незаконному збагаченні обвинувачений сам повинен надати докази, дати показання задля спростування підозри в набутті незаконно придбаних активів. Не даючи жодних пояснень та не спростовуючи підозри відносно себе, обвинувачений в незаконному збагаченні автоматично визнається винуватим, що врешті-решт є порушенням принципів кримінального судочинства⁵⁶⁷.

Подібним чином розмірковував В.М. Трепак, критично налаштований до скасованої КСУ редакції кримінально-правової заборони. Стверджувалось, що законодавче визначення складу «незаконне збагачення», фактично примушує (зобов'язує) особу, стосовно якої висунуто звинувачення в незаконному збагаченні, давати свідчення (за наявності конституційного права не свідчити стосовно себе та близьких родичів), а також доводити законність своїх дій (за існування принципу презумпції невинуватості). Якщо вона цього не зробить, то її невідворотно чекає покарання⁵⁶⁸. Про узаконену останньою

⁵⁶⁷ Nelly Gacheri Kamunde. The crime of illicit enrichment under international anti-corruption legal regime/non-peer Reviewed Articles. *KLR Journal*. URL: <http://kenyalaw.org/kl/index.php?id=1891> (дата звернення: 10.02.2019).

Обвинувачений може зуміти знайти правову підставу для свого багатства (наприклад, спадкування). Однак будучи зобов'язаним пояснити своє багатство, він може бути змушений в той же час викрити самого себе в ухиленні від сплати податків або в іншому правопорушенні (див.: Основные понятия и концепции антикоррупционной деятельности: учеб. пособие. Совет Европы, 2015. С. 102. URL: <https://rm.coe.int/16806efe98> (дата звернення: 10.02.2019)).

⁵⁶⁸ Трепак В. Незаконне збагачення: кого і за що каратимуть. URL: http://gazeta.dt.ua/internal/nezakonne-zbagachennya-kogo-i-za-scho-karatimut_.html (дата звернення: 10.02.2019).

Про перекладання обов'язку збирати докази законності підстав набуття активів у власність зі сторони обвинувачення (держави) на сторону захисту (підозрюваного, обвинуваченого) йдеться і в п. 5 рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.

редакцією ст. 368-2 КК можливість безпідставного порушення прав людини вів мову і В.М. Киричко⁵⁶⁹.

Повторю, що, виходячи зі змісту цієї редакції ст. 368-2 КК, обов'язок доводити незаконність походження наявних у суб'єкта активів покладался на орган обвинувачення. Зроблений висновок впливав і з презумпції правомірності набуття права власності на майно, закріпленої в ч. 2 ст. 328 ЦК, а також зі ст. 92 КПК «Обов'язок доказування». Особа, яка підозрюється (обвинувачується) в незаконному збагаченні, не була зобов'язана, проте мала право надавати пояснення щодо джерел наявних у неї активів і законності їх походження⁵⁷⁰. Особливо це має значення у випадках втрати правовстановчих документів на майно, смерті або зникнення осіб, які подавали чи на інших правових засадах передали майно особі, заяви останньої про знахідку майна тощо.

У пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 24 квітня 2014 р. «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань», слушно зазначалось, що конструкція складу злочину «незаконне збагачення» не передбачає перекладення тягаря доказування на обвинуваченого: орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину (суб'єкт злочину; набуття у власність чи користування особою певних активів; законні джерела доходів цієї особи, наявність різниці між доходами, отриманим з таких джерел, та майном, яке знаходиться у власності чи користуванні особи, відсутність інших законних джерел, які можуть пояснити таку різницю, тощо).

⁵⁶⁹ Киричко В.М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 146-148.

⁵⁷⁰ Закладений у ст. 368-2 КК підхід створював рівновагу між інтересом держави в сфері боротьби з корупцією та правами обвинуваченого, покладаючи на прокурора обов'язок довести вину особи, яку обвинувачують у вчиненні злочину «незаконне збагачення», а особа може її (вину) спростувати (п. 11 розбіжної думки С.П. Головатого щодо рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.).

Одним із відомих формальній логіці способів аргументації є спосіб доведення до абсурду. Якщо слідувати логіці прихильників позиції, згідно з якою законодавче положення про підтвердження законності підстав набуття активів у власність доказами створює передумови для порушення принципу презумпції невинуватості, то тоді слід визнати, що порушенням презумпції невинуватості є й законодавча вимога про декларування майна, доходів, витрат та зобов'язання фінансового характеру осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, вимога про подання податкової звітності⁵⁷¹.

Мені складно було погодитись із В.М. Киричком, який законодавчий припис «законність підстав набуття активів у власність не підтверджена доказами» називав модифікацією конвенційного припису «які вона не може раціонально обґрунтувати». Водночас науковець мав рацію, коли вказував на нетотожність понять «активи, законність підстав набуття яких не підтверджується доказами» та «незаконні активи» і на небезпеку інкримінування ст. 368-2 КК, зокрема, у випадку, коли особа на законних підставах набула активи у власність, а докази таких підстав з тих чи інших причин відсутні⁵⁷². До речі, свого часу М.І. Мельник висловлював подібну думку: сама по собі відсутність підтвердження законності походження доходів у жодному разі не свідчить про злочинне походження таких доходів⁵⁷³.

Презумпція невинуватості не виключала проведення різноманітних дій задля отримання доказів у кримінальному

⁵⁷¹ Ясінь І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2018. С. 40-41.

⁵⁷² Киричко В.М. Зазначена праця. С. 148-149.

Співзвучною є думка, сформульована в п. 5 рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.: відсутність відповідних доказів уможливило визнання наявності у діях особи об'єктивної сторони такого складу злочину, як незаконне збагачення.

⁵⁷³ Мельник Н. Предлагаются: революция и реквизиция. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 1996. № 10. С. 26.

провадженні щодо незаконного збагачення. Поняття доказів, їх належності, допустимості, а також порядок збирання та оцінки закріплено в главі 4 КПК «Докази і доказування». Одним із доказів у цьому разі могла слугувати декларація, подана особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, в порядку, визначеному Законом «Про запобігання корупції». Згідно з його ст. 50 перевірка декларації полягає в з'ясуванні достовірності задекларованих відомостей, точності оцінки задекларованих активів, перевірки на наявність конфлікту інтересів та ознак незаконного збагачення. Погоджуюсь з Д.Г. Михайленком, який, вказуючи на важливість таких компонентів, як декларування доходів і витрат, спеціальні перевірки зі встановлення справжнього майнового становища суб'єкта та його близьких родичів тощо, зазначає, що такий комплексний підхід істотно полегшує фіксацію корупції і притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення⁵⁷⁴.

У доктрині зустрічається пропозиція пов'язати наявність складу злочину «незаконне збагачення» до декларування осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надавши йому матеріально-правового значення, – фактично повернутись до підходу, втіленого в одній з попередніх редакцій ст. 368-2 КК. Так, О.С. Бондаренко назвала нормативне формулювання значного розміру активів як предмета незаконного збагачення неоптимальним, зважаючи на варіативність рівня офіційних доходів суб'єктів

⁵⁷⁴ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 382.

У п. 6.2 Експертного висновку РЕ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції» з приводу, так би мовити, процесуальної значущості майнової декларації зазначається, що її наявність може полегшити державному обвинувачу завдання довести, що відповідач набув майно незаконно. Якщо, наприклад, загальна сума доходу, задекларована публічним службовцем протягом всього строку його перебування на посаді, становить лише 25 тис. євро, але слідчі виявили в його власності (готівкою та на банківських рахунках) 300 тис. євро, то це є переконливим доказом, що як мінімум стосовно 275 тис. євро немає «законних підстав» набуття в значенні ст. 368-2 КК.

цього злочину, а формулювання ст. 368-2 КК у редакції Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» – наближеним до суспільних реалій. У зв'язку з цим в примітці ст. 368-2 КК пропонувалось вказати на те, що активами в значному розмірі є вигоди, розмір (вартість) яких у два або більше рази перевищує розмір доходу, зазначеного в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за відповідний період, поданій особою у порядку, встановленому Законом «Про запобігання корупції»⁵⁷⁵. Вище вже наводились аргументи на користь того, що розмір активів (предмет незаконного збагачення – за умови його рекриміналізації) має бути по-справжньому значним – як це і передбачалось останньою редакцією ст. 368-2 КК. Висловлю також сумнів у доречності визначення параметрів предмета незаконного збагачення як злочину (майна нелегітимного) за допомогою звернення до розміру офіційних (легальних) доходів, відображених у декларації уповноваженої особи. Постає і питання, чи не суперечитиме стаття КК, яка не буде встановлювати однакового (єдиного) розміру активів як предмета кримінально караного збагачення, принципу рівності осіб перед законом.

Цілком очевидно, що положення останньої редакції ч. 1 ст. 368-2 КК про не підтвердження доказами законності

⁵⁷⁵ Бондаренко О. С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2016. С. 150-151.

Зважаючи на невдалість законодавчого формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», М.І. Хавронюк пропонував виключити його і водночас п. 2 примітки ст. 368-2 КК викласти в такій редакції: «Під активами у значному розмірі у цій статті розуміються грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або більше перевищує розмір (вартість) грошових коштів або іншого майна і доходів від них, зафіксований в останній поданій особою декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 10.02.2019)).

підстав набуття відповідною особою активів у власність було складним для сприйняття, неоднозначним та, як наслідок, викликало суперечливі тлумачення. Показовою в цьому сенсі була позиція В.М. Трепака. Серед іншого, він указував на незвичність ст. 368-2 КК, яка всупереч своїй назві («Незаконне збагачення») вимагала від органу обвинувачення доводити законність активів відповідного суб'єкта. При конструюванні диспозиції ч. 1 ст. 368-2 КК кримінально-процесуальне положення щодо доказів штучно переведено в ранг кримінально-правового (матеріального). Звідси усі ці виверти про «доведення незаконності через доведення законності». З метою усунення цієї вади незаконне збагачення пропонувалось визначити в КК як «незаконне набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі...»⁵⁷⁶.

Погоджуючись з думкою про незвичність (щоб не сказати – парадоксальність) законодавчого визначення незаконного збагачення, водночас зауважу, що і формулювання, запропоноване В.М. Трепаком, навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення. Адже воно не вирішує існуючі проблеми, пов'язані з колом предикатних (щодо незаконного збагачення) діянь і, як і остання редакція ст. 368-2 КК, не наголошує на винятково корупційній складовій досліджуваного посягання.

Непідтвердження доказами законності підстав набуття активів інколи тлумачилось як «не надання речових доказів, документів, висновків експертів, що підтверджували б набуття їх у власність на підставах, встановлених законодавством»⁵⁷⁷. Слід, однак, враховувати, що доказами визнаються

⁵⁷⁶ Трепак В.М. Зазначена праця.

⁵⁷⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1168.

і показання – це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерплим експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження (ст. 95 КПК).

О.П. Деніга зазначав, що суб'єкт злочину «незаконне збагачення» зазвичай намагатиметься довести наявність законних підстав набуття активів за допомогою сфабрикованих показань; ймовірно, будуть використовуватись і сфабриковані документи. Тому показання свідків не будуть вважатись належними доказами через їхню недостовірність, але вони відіграватимуть допоміжну роль чи оцінюватимуться в зв'язку з іншими доказами⁵⁷⁸. Проте зі ст. 85 КПК «Належність доказів» і ст. 94 КПК «Оцінка доказів» така категоричність, в основу якої, вочевидь, покладено переконаність у тому, що обвинувачений у незаконному збагаченні завжди буде брехати, не впливає. Крім цього, не зрозуміло, чому показання свідків мають визнаватись неналежним доказом, якщо вважати, що схильним до введення в оману є обвинувачений.

Вже зі сказаного ставала очевидною небезпека обвинувального ухилу при застосуванні ст. 368-2 КК. Про таку небезпеку слушно писав В.М. Трепак, вказуючи і на існування на практиці спрощеного підходу правоохоронних органів до доведення вини підозрюваних у вчиненні незаконного збагачення, коли до уваги не беруться до уваги всі можливі законні доходи особи (останні можуть і не відображатися в базах даних ДФС та інших органів) та ігнорується можливість мати родинні заощадження. Але якщо обставини відповідного кримінального провадження усупереч вимогам КПК досліджуються органом обвинувачення не

⁵⁷⁸ Деніга О.П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. С. 123, 125.

всебічно, неповно або упереджено, то чому в цьому «винен» матеріальний кримінальний закон?⁵⁷⁹ Дискутуючи з В.М. Трепаком, М.І. Хавронюк справедливо наголошував на неприпустимості випадків такого застосування ст. 368-2 КК, коли орган досудового розслідування замість доведення усіх ознак складу злочину «незаконне збагачення» обмежується доведенням лише двох з них – суб'єкта і наявності активів у значному розмірі. Із ст. 368-2 КК випливає, що, якщо в тієї чи іншої особи попередньо встановлено спосіб життя, який не відповідає її офіційним доходам, то слідчий повинен з'ясувати наявність активів й усі можливі версії їхнього законного набуття, перевіривши різні бази даних, вивчивши усі раніше подані декларації чиновника тощо. Підсудний може надати слідству і суду свої пояснення або не надавати їх; у другому випадку сама по собі відмова надати докази законності набуття активів ще не може розглядатися як факт відсутності таких доказів. Але, наприклад, якщо чиновник виграв в лотерею, але не хоче в цьому зізнатися (щоб не нести відповідальність за ухилення від сплати податків), то це його вибір, і він повинен знати про його наслідки⁵⁸⁰.

Якщо пояснення підозрюваного стосовно джерел походження його активів органу обвинувачення спростувати не вдасться, то обвинувачення має бути визнане таким, що базується на припущеннях. А згідно з ч. 2 ст. 17 КПК особа має бути

⁵⁷⁹ Так, у п. 5 рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. висловлюється занепокоєння тим, що поза увагою сторони обвинувачення може залишитись з'ясування конкретного способу набуття особою активів у власність, а також тим, що кримінально-правова кваліфікація вчиненого за ст. 368-2 КК залежить від результатів суб'єктивної діяльності органу досудового розслідування. Але хіба вади, які можуть мати місце у конкретному кримінальному провадженні, мають слугувати аргументом на користь неконституційності кримінально-правової заборони, наявність (відсутність) порушення якої встановлюється у цьому провадженні? До того ж кваліфікація будь-якого злочину залежить від суб'єктивної діяльності правозастосувача, у тому числі в частині збирання та оцінки доказів (інакшого не буває). За такою логікою варто визнавати неконституційними чи не всі кримінально-правові заборони.

⁵⁸⁰ Хавронюк М.І. Зазначена праця.

виправданною, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом⁵⁸¹.

У пояснювальній записці до законопроекту від 4 лютого 2016 р. (реєстр. № 4025) «Про внесення змін до статті 368-2 Кримінального кодексу України «Незаконне збагачення» щодо узгодження із Конвенцією ООН проти корупції та Конституцією України» можна прочитати, що в ст. 20 Конвенції ООН проти корупції порівняно з останньою редакцією ст. 368-2 КК встановлено менш суворі вимоги – слід лише раціонально обґрунтувати законність доходів, а не довести її. Наприклад, особа зберігала чеки, договори тощо, проте вони згоріли, і докази набуття доходів вже відсутні; за чинним КК така особа буде притягнута до кримінальна відповідальність за незаконне збагачення. Раніше подібну точку зору висловив Д.Г. Михайленко: ст. 368-2 КК встановлює необхідність для обвинуваченого підтверджувати законність набуття своїх активів виключно доказами, що ставить його в значно жорсткіші рамки, ніж це передбачено ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, за якою достатнім є раціонально обґрунтувати суттєве збільшення активів без обов'язкового підтвердження цього доказами⁵⁸².

⁵⁸¹ Стандарт доведення «поза розумним сумнівом» означає, що сукупність обставин справи, встановлена під час судового розгляду, виключає будь-яке інше розумне пояснення події, яка є предметом судового розгляду, крім того, що інкримінований злочин був вчинений, а обвинувачений є винним у вчиненні цього злочину. Наявність таких обставин, яким версія обвинувачення не може надати розумного пояснення або які свідчать про можливість іншої версії інкримінованої події, є підставою для розумного сумніву в доведеності вини особи. Для дотримання стандарту доведення поза розумним сумнівом недостатньо, щоб версія обвинувачення була лише більш вірогідною за версію захисту. Законодавець вимагає, щоб будь-який обґрунтований сумнів у тій версії події, яку надало обвинувачення, був спростований фактами, встановленими на підставі допустимих доказів, і єдиною версією, якою розумна і безстороння людина може пояснити всю сукупність фактів, установлених у суді, є та версія події, яка дає підстави для визнання особи винною за пред'явленим обвинуваченням (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 4 липня 2018 р. Справа № 688/788/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75286445> (дата звернення: 10.02. 2019)).

⁵⁸² Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 368.

Таке протиставлення понять «обґрунтування» і «доказування» з погляду кримінальної відповідальності за незаконне збагачення вважаю дещо надуманим (штучним), оскільки фактично йдеться про одне і те ж. Зокрема, хіба показання особи про втрату відповідних документів не повинні визнаватись доказом, який (зрозуміло, поряд з іншими доказами) підлягає оцінці? Чому за допомогою показань свідків та інших доказів не можуть бути встановлені факти здійснюваного добровільно відшкодування відповідному суб'єкту моральної шкоди або вчинення правочинів – навіть тих із них, що не зареєстровані у встановленому порядку або стали джерелом неоподатковуваних доходів?

Застосування ст. 368-2 КК демонструвало, що прокурорами і судами практикувалось вкрай обережне тлумачення цієї кримінально-правової заборони, яке не дозволяло стверджувати навіть про теоретичну можливість порушення презумпції невинуватості. Висловлю припущення, що правозастосувачі закривали відповідні кримінальні провадження саме через поширений міф, ніби ст. 368-2 КК порушувала презумпцію невинуватості щодо відповідних підозрюваних (обвинувачених). Це мало місце навіть у тих випадках, коли під час досудового розслідування встановлювався факт набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у розмірі, який багаторазово перевищував одну тисячу НМДГ.

Наприклад, САП закрила провадження щодо незаконного збагачення начальника Національної академії сухопутних військ Павла Ткачука, ґрунтуючись лише на його свідченнях і свідченнях членів його родини. Генерал-лейтенант П. Ткачук з офіційною зарплатою до 200 тис. грн. на рік не задекларував два заміських будинки та позашляховик «Lexus», якими користувався він і члени його родини. Елітне майно було оформлене на його родичів. При цьому офіційні доходи членів родини

генерала не дозволяли робити такі коштовні покупки. Один із маєтків та автомобіль були оформлені на тещу керівника військового вишу, яка померла в 2017 р. і не була допитана детективами. Тому прокурори послалися на свідчення самого Ткачука та його оточення. Виходячи зі свідчень допитаного як свідка Ткачука П. про те, що він не знає, звідки в його тещі взяли кошти на придбання автомобіля та об'єкта незавершеного будівництва, САП зробила висновок про те, що детективи НАБУ не змогли довести вчинення П. Ткачуком незаконного збагачення⁵⁸³.

Подібну долю спіткало кримінальне провадження, розпочате за заявою громадської організації «Всеукраїнське об'єднання «Автомайдан» щодо незаконного збагачення судді Вищого адміністративного суду України і члена ВККС Тетяни Весельської. Ознайомлення з постановою про закриття цього кримінального провадження, винесеною детективом НАБУ 14 травня 2018 р., показує, що в основу висновку про відсутність у діях фігуранта складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-2 КК, було покладено показання самої Т. Весельської та її доньки як свідків про те, що вони знайшли готівкові кошти у сумі 45 тис. доларів і 295 тис. грн. у квартирі колишнього чоловіка Т. Весельської після його смерті.

Як бачимо, на противагу обвинувальному ухилу, нібито притаманному кримінальним провадженням за ст. 368-2 КК, були підстави висунути тезу про надзвичайну складність спростування всіх захисних версій підозрюваного в незаконному збагаченні (подарунки від близьких і не зовсім близьких осіб, позики, договори купівлі-продажі майна, інші правочини, коли одна зі сторін яких бере на себе зобов'язання, які не можуть бути раціонально поясненими через очевидну

⁵⁸³ ЦПК: САП була зацікавлена закрити провадження проти Ткачука. URL: <https://www.slovoidilo.ua/2018/06/27/novyna/polityka/czpk-sap-bula-zaczikavlena-zakryty-provadhennya-protu-tkachuka> (дата звернення: 10.02.2019).

шкоду її інтересам). Свобода цивільно-правового договору явно брала гору над такими критеріями, як справедливість, розумність, добросовісність. Спрацьовували також посилення на заощадження минулих років, коли людина «сиділа на воді і хлібі», а кожну трудову копійчину конвертувала в умовні одиниці; причому так робила не лише особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а й її оточення. «Законність походження значних майнових активів, які не відповідають легальному доходу службової особи, при надзвичайно високій латентності корупційних злочинів набагато простіше підтвердити особі, яка обвинувачується в корупції, ніж обвинуваченню довести незаконний спосіб одержання таких активів»⁵⁸⁴.

З одного боку, специфіка доказування у кримінальних провадженнях про злочини, передбачені ст. 368-2, полягала в тому, що орган досудового розслідування і прокурор зобов'язані були довести, що належний суб'єкт набув активи не в результаті однієї із правомірних дій. Особливу складність це мало у випадках, коли підозрюваний користувався своїм конституційним правом не давати показання. З іншого боку, це завдання для сторони обвинувачення певною мірою полегшувалось тим, що: а) предметом злочину, передбаченого ст. 368-2 КК, визнавались активи у значному розмірі. Очевидно, що, наприклад, шляхом привласнення загальнодоступних дарів природи або затримання бездоглядної домашньої тварини активи в значному розмірі набути неможливо; б) особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, відповідно до Закону «Про запобігання корупції» зобов'язана періодично декларувати відомості, перелічені у статтях 46 і 52 цього Закону, а також у десятиденний строк з моменту отримання доходу або придбання майна – отримання доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року.

⁵⁸⁴ Михайленко Д.Г. Зазначена праця. С. 371.

Вказівка в ч. 1 ст. 368-2 КК на докази загалом видавалась прийнятною⁵⁸⁵ навіть з огляду на те, що віднесення фактичних даних до доказів є прерогативою органу обвинувачення, а не суб'єкта злочину. Як слушно зазначається в літературі, розумні межі обвинувачення в незаконному збагаченні полягають в достатній процесуальній доведеності невідповідності ринкової вартості активів рівню заробітної плати та іншим офіційним доказам. З цією метою треба застосовувати традиційні методи правоохоронної діяльності щодо доказування зазначеної невідповідності (пошук свідків, вивчення фінансових документів і правочинів, відслідковування операцій з майном тощо)⁵⁸⁶.

На думку А.В. Савченка, конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» означала ситуацію, за якої в межах якогось провадження (кримінального, цивільного, господарського, адміністративного тощо) наявні відповідні фактичні дані, що не підтверджують легітимність засад (приводів) одержання суб'єктом грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них⁵⁸⁷. Видається, однак, що стандарт доказування в цьому разі міг бути лише один – кримінально-процесуальний. У ст. 368-2 КК мались на увазі докази в кримінальному провадженні, здійснюваному за цією статтею КК, і відповідна вказівка передусім спрямовувалась на правозастосувача, на якого, як вже неодноразово зазначалось, покладався тягар доказування. Правий був О.П. Денег, який писав, що із зовнішнього боку спостерігається правомірність належності майна суб'єкту незаконного збагачення, однак насправді (змістовно) законні підстави для здійснення

⁵⁸⁵ De lege ferenda предмет незаконного (корупційного) збагачення (за умови його рекриміналізації) не варто визначати в контексті кримінально-процесуального доказування: останнє відбувається вже після фактичного збагачення відповідного суб'єкта і тому навряд чи повинне виступати характеристикою складу відповідного злочину.

⁵⁸⁶ Лобач Д.В., Смирнова Е.А. Зазначена праця. С. 803.

⁵⁸⁷ Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посіб. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 129-130.

оформлення права власності відсутні, що і підлягає встановленню в результаті кримінально-процесуальних дій⁵⁸⁸.

Не дивлячись на викладені міркування (у тому числі про неприпустимість оцінки якості КК виключно під кутом труднощів, пов'язаних з його застосуванням), очевидно, що проблема легального позначення предмета незаконного збагачення існувала. Вирішувати її варто шляхом заміни вказівки на непідтвердження доказами законності підстав набуття активів іншим зворотом, не таким громіздким, зрозумілішим і, головне, узгодженим із природою матеріального кримінального права. Один із прийнятних для обговорення варіантів (зокрема, у зв'язку з ухваленням рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.) – визначення незаконного збагачення як придбання відповідною особою майна, а так само збільшення цього майна, що значно перевищує законні доходи особи, якщо ці дії вчинено без встановлених законом, іншим правовим актом або правочином підстав⁵⁸⁹.

На думку О.І. Гузоватого, злочин, передбачений ст. 366-1 КК, є предикатним щодо злочину, караного за ст. 368-2 КК: перший передує встановленню фактів незаконного збагачення⁵⁹⁰. Не виключаючи кваліфікацію скоєного належним суб'єктом за сукупністю злочинів, передбачених ст. 366-1 і ст. 368-2 КК⁵⁹¹, волів би не називати декларування недоосто-

⁵⁸⁸ Денєга О.П. Зазначена праця. С. 113.

⁵⁸⁹ Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права: учеб. пособие / науч. ред. проф. Н.Ф. Кузнецова; отв. ред. проф. В.С. Комиссаров. Москва: Издат. Дом «Городец», 2009. С. 186-187.

⁵⁹⁰ Гузоватий О.І. Зазначена праця. С. 158, 180.

⁵⁹¹ Так, за ч. 3 ст. 368-2 і ст. 366-1 КК кваліфікував орган досудового розслідування дії посадовця, який у 2015 р., перебуваючи на посаді заступника міністра інфраструктури України, набув у власність активи (новий позашляховик BMW X5 2015 року випуску та готівку в сумі 90 тис. дол. США і 25 тис. євро.), законність отримання яких не підтверджено доказами та вартість яких значно перевищує його законні доходи. Також встановлено факти внесення цією особою недостовірних відомостей до декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування. Зокрема, у декларації за 2015 р. вартість незадекларованих активів, які знаходяться у власності чи користуванні, а також видатків становила щонайменше 3,034 млн. грн., в декларації за 2016 р. – понад 8,024 млн. грн. (див.: Звіт Національного антикорупційного бюро України за II півріччя 2018 року. С. 32-33. URL: <https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit.pdf> (дата звернення: 10.02.2019)).

вірної інформації предикатним злочином щодо незаконного збагачення. Предикатними в цьому разі, мабуть, варто називати діяння, які стали джерелом безпідставного (незаконного) набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у значному розмірі. Декларування недостовірної інформації не перебуває з незаконним збагаченням у вказаному співвідношенні. До того ж вчинення декларування недостовірної інформації не передує в часі незаконному збагаченню (зазвичай має місце зворотна ситуація).

У літературі висловлювалась думка про те, що «самозбагачення» не може кваліфікуватись за ст. 368-2 КК, оскільки в цьому разі в діях службової особи наявний склад іншого злочину (наприклад, розкрадання майна шляхом зловживання службовим становищем)⁵⁹². На мій погляд, законодавчий зворот «набуття особою ... у власність активів» не перешкоджає оцінці випадків так званого самозбагачення як злочину – незаконного збагачення. Інша річ, що ст. 368-2 КК наголошувала не на конкретних зловживаннях особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які (зловживання) потягли за собою незаконне збагачення такої особи (зокрема, це можуть бути злочини, передбаченні статтями 191, 364, 368 КК), а на відсутності правомірних підстав для значного поліпшення майнового становища цієї особи. Мається на увазі те, що майно не отримане особою як оплата за наукову, педагогічну або творчу діяльність, не вигране, не успадковане, не отримане як подарунок, не накопичене за рахунок легальних доходів минулих років тощо. Як слушно зазначав В.І. Осадчий, якщо встановлено, що особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, незаконно

⁵⁹² Книженко О.О. Зазначена праця. С. 115.

набула активи в значному розмірі, і немає даних про те, що вона вчинила конкретний злочин (корупційний, проти власності тощо), то в діях цієї особи вбачався склад злочину «незаконне збагачення». Доказувати за таких обставин слід лише невідповідність набутих особою активів тим офіційним доходам, які особа отримувала (наприклад, зарплата, спадщина, виграші)⁵⁹³.

Вважаю, що кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених, з одного боку, зокрема, статтями 191, 364, 368 КК, а, з іншого, ст. 368-2 КК, була можлива лише в тому разі, коли майно, яким особа заволоділа унаслідок вчинення предикатного злочину, не збігалось з активами як предметом незаконного збагачення. Одну із ситуацій, коли постановка питання про сукупність злочинів була цілком доречна, змодельював М.І. Хавронюк у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію М.В. Кочерова «Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)»: під час обшуку в житлі службової особи, підозрюваної в одержанні НВ у розмірі 10 тис. доларів США, знайдено ще 100 тис. доларів США невідомого походження чи, наприклад, картини відомих художників, стосовно яких службова особа пояснює, що знайшла їх на дорозі.

В іншому разі кваліфікація за вказаною сукупністю означала б порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК) та суперечила б основній ідеї виокремлення досліджуваної кримінально-правової злочини. Сприйняття пропонованого варіанту тлумачення кримінального закону дозволяло спростувати висловлювання В.М. Трепака про те, що «відповідальність за незаконне зба-

⁵⁹³ Осадчий В.І. Корупційні злочини: монографія. Київ: Вид-во Європейського університету, 2016. С. 69.

Припис ст. 368-2 КК можна тлумачити як такий, що передбачає настання кримінальної відповідальності лише тоді, коли доведено, що збільшення активів у значному розмірі не могло статися з використанням законних доходів (п. 5 розбіжної думки С.П. Головатого щодо рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.).

гачення є додатковою (фактично – повторною) відповідальністю за діяння, яке стало джерелом такого збагачення»⁵⁹⁴.

З метою дотримання принципу *non bis in idem* в юридичній літературі висувалась пропозиція закріпити у примітці ст. 368-2 таке положення: «Особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо встановлено, що збільшення її активів і/або активів членів її сім'ї, які значно перевищили їхні законні доходи, відбулося в результаті вчинення іншого злочину чи правопорушення»⁵⁹⁵. Проте незаконне збагачення саме тому і має тягнути кримінальну відповідальність, що необґрунтоване збільшення активів спеціального суб'єкта стає результатом вчинення ним латентного корупційного делікту. Відтак згадане положення не узгоджується з покладеною в основу відповідної кримінально-правової заборони презумпцією корупційного походження статків особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Ст. 368-2 КК формулювалась таким чином, що предикатним стосовно незаконного збагачення міг виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Наприклад, це могло бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), віднесене до числа корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК), а й будь-який інший корисливий злочин проти власності, злочин у сфері господарської діяльності (скажімо, зайняття гральним бізнесом, контрабанда) тощо. Тобто остання редакція ст. 368-2 КК не виключала некорупційний шлях збільшення активів відповідного суб'єкта.

⁵⁹⁴ Трепак В.М. Зазначена праця.

⁵⁹⁵ Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. С. 486.

На перший погляд конструктивність доктринальної позиції поліпшити описання складу злочину «незаконне збагачення» за рахунок включення вказівки на зв'язок набуття активів із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування⁵⁹⁶ вбачалась у закріпленні корупційного характеру злочину, передбаченого ст. 368-2 КК. Адже про такий характер можна було лише здогадуватись, виходячи із законодавчої вказівки на суб'єкта незаконного збагачення та історії появи і трансформації кримінально-правової заборони, нерозривно пов'язаної з імплементацією ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Водночас зрозуміло, що необхідність встановлення зазначеного зв'язку у кожному випадку застосування норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення призвела б до того, що ця норма остаточно перетворилась б на «мертву».

Використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключав того, що предикатними стосовно незаконного збагачення могли визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. Порівняно зі мною М.І. Хавронюк тлумачив диспозицію ч. 1 ст. 368-2 КК ще ширше, стверджуючи, що способом незаконного збагачення може бути і не злочин, а цивільно-правовий делікт, господарське чи податкове правопорушення і навіть зловживання власним правом чи інше діяння, яке не є правопорушенням⁵⁹⁷. І це при тому, що «половина працюючого населення мала і має на сьогодні неофіційні доходи (у державі, де частка тіньової економіки перевищує 50%, інакше апріорі бути не може)»⁵⁹⁸. Учасниками тіньової економіки, з огляду на її масштабність у сучасній Україні, не

⁵⁹⁶ Ясінь І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2018. С. 11, 85-88, 126, 212.

⁵⁹⁷ Хавронюк М.І. Зазначена праця.

⁵⁹⁸ Трепак В.М. Зазначена праця.

можуть не бути й особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. За бажання ст. 368-2 КК можна було тлумачити і таким чином, що вона фактично передбачає відповідальність не за корупційні доходи, а за незаконні придбання⁵⁹⁹.

В аспекті з'ясування кола діянь, предикатних щодо незаконного збагачення, викликають інтерес дані, наведені О.І. Гузоватим за результатами опитування правоохоронців: 20% із числа респондентів вказали, що незаконне збагачення є наслідком вчинення лише корупційних діянь (адміністративних правопорушень та злочинів); 21% – що незаконне збагачення є наслідком вчинення тільки корупційних злочинів; 13% – що незаконне збагачення є наслідком вчинення інших злочинів, крім корупційних; 46% – що незаконне збагачення може бути наслідком як інших суспільно небезпечних діянь, так і корупційних злочинів⁶⁰⁰. Як бачимо, правоохоронці, на відміну від М.І. Хавронюка, не були схильні до включення в число предикатних тих діянь, які не є правопорушеннями. Водночас спектр думок практиків підтверджував недотримання принципу правової визначності при конструюванні ст. 368-2 КК

Отже, результати її тлумачення (не телеологічного, а граматичного і системного) не дозволяли повністю погодитись з О.П. Денегою, який характеризував незаконне збагачення як корупційний злочин; останній пропонувався вбачати за відсутності підстав для кваліфікації діянь, описаних у ст. 368-2 КК, за ознаками інших корупційних злочинів⁶⁰¹. Думаю, що згаданий автор видавав бажане за дійсне. Натомість мав

⁵⁹⁹ Аргюшенко В. Стаття 368-2 УК предусматривает наказание не за коррупционные доходы, а за незаконные покупки. URL: https://zn.ua/internal/pochemu-nezakonnoe-obogashenie-segodnya-ne-yavlyaetsya-prestupleniem-295832_.html (дата звернення: 10.02.2019).

⁶⁰⁰ Гузоватий О.І. Зазначена праця. С. 19.

⁶⁰¹ Денег О.П. Зазначена праця. С. 78, 111-112.

рацію Д.Г. Михайленко, який не виключав застосування ст. 368-2 КК у випадку збагачення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, внаслідок вчинення не корупційного, але корисливого злочину при тому, що кримінально-правова норма про незаконне збагачення призначена для боротьби з корупцією⁶⁰².

Міркування І.М. Ясін з питання про характер тих вчинків особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які призводять до її незаконного збагачення, носили суперечливий характер. Так, ця авторка не погоджувалась з висловленою в юридичній літературі точкою зору, згідно з якою кошти як предмет незаконного збагачення можуть мати незаконне походження, що зовсім не обов'язково пов'язане з корупцією. Однак сформульоване у науковій кваліфікаційній роботі І.М. Ясін визначення основного безпосереднього об'єкта незаконного збагачення як «суспільних відносин, які визначають порядок діяльності ОУВФДМС щодо законності набуття активів у власність»⁶⁰³, адекватно відображаючи існуючий стан справ, якраз і вказувало на те, що предикатні стосовно незаконного збагачення делікти можуть бути і не корупційними. Більше того: надалі науковець вже погоджувалась з тим, що активи як предмет незаконного збагачення можуть бути отримані в результаті вчинення як будь-якого корисливого (причому не обов'язково корупційного) злочину, так і будь-якого правопорушення (цивільно-правовий делікт, господарське, податкове чи адміністративне правопорушення). Але якщо це так, то незрозуміло, на якій підставі стверджувалось, що «набуття активів у власність у складі НЗ все рівно пов'язане із службовим становищем суб'єкта цього злочину»⁶⁰⁴?

⁶⁰² Михайленко Д.Г. Результат пошуку моделі норми про незаконне збагачення в Україні та його недоліки. *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції*: збірник матеріалів IV Міжнародної науково-практичної конференції, 15 квітня 2016 р., м. Харків. Харків: ХНУВС, 2016. С. 101.

⁶⁰³ Ясін І.М. Зазначена праця. С. 65, 118.

⁶⁰⁴ Там само. С. 65.

Підставою для застосування первісної редакції ст. 368-2 КК М.В. Кочеров вважав, зокрема, ті випадки, коли службова особа порушує обмеження щодо суміщення та сумісництва з іншими видами діяльності⁶⁰⁵. Заперечуючи правильність такої думки, Н.М. Ярмиш писала, що отримані в цьому разі гроші є заробленими, втілюють людську працю, а тому не можуть вважатися неправомірною вигодою. «Неправомірним є факт суміщення, а не одержання вигоди»⁶⁰⁶. Надалі ситуація з кримінально-правовою оцінкою такої поведінки стала іншою. Якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула у власність грошові кошти чи інше майно у значному розмірі внаслідок порушення встановлених законодавством обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, то це не виключало кваліфікацію дій такої особи за ст. 368-2 КК. Адже підстави набуття у власність активів у вигляді плати (винагороди) за певну діяльність, які мають місце в цій ситуації, навряд чи могли розглядатись як законні (що і мало бути підтверджено доказами)⁶⁰⁷.

Очевидно, такий саме висновок був доречним і стосовно, наприклад, такого правопорушення, як приховання від оподаткування договору оренди житла, але причому тут боротьба з корупцією? Я розумію, що ймовірність подібних ситуацій у контексті інкримінування ст. 368-2 КК мала бути мінімальною з урахуванням законодавчого визначення

⁶⁰⁵ Кочеров М.В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. С. 11, 15.

⁶⁰⁶ Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 175.

⁶⁰⁷ Слід мати на увазі, що одним із законів, з положення якого може впливати незаконність підстав набуття права власності на активи, що було важливо з погляду інкримінування ст. 368-2, є Закон «Про запобігання корупції». Останнім з метою запобігання порушенню публічного порядку, частиною якого визнається добросовісність публічних службових осіб, передбачено певні обмеження щодо набуття коштів та іншого майна (статті 22, 23, 25, 26 та ін.).

суб'єкта незаконного збагачення, але уточнювати описання предмета досліджуваного злочину все ж було потрібно. Переконали у тому, що поширення дії останньої редакції ст. 368-2 КК на активи, отримані з порушенням норм інших (крім КК) галузей законодавства, не обумовлене суспільною небезпекою вчиненого, означало соціально необґрунтоване (або щонайменше не до кінця продумане) розширення меж кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за рахунок охоплення кримінально-правовою репресією дій, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством. У зв'язку з цим я надавав правозастосувачу таку рекомендацію: якщо активи в значному розмірі набуто особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність незаконним, проте не злочинним шляхом, то кримінально-правова оцінка вчиненого може даватись з використанням ч. 2 ст. 11 КК (норма про малозначність)⁶⁰⁸.

Використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «набуття особою... у власність активів...» унеможлиблював інкримінування цієї кримінально-правової норми у випадках, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не накопичила (збільшила) свої статки, а незаконно позбавилась майнових витрат (наприклад, вона чи близька їй особа безоплатно або за «символічною» ціною отримала різноманітні послуги – медичні, освітні, туристичні, розважальні, юридичні, ремонтні, транспортні тощо). А.В. Савченко та В.І. Осадчий також виключали застосування ст. 368-2 КК у випадку, якщо особа збагачується за рахунок чогось іншого, а не грошових коштів, іншого майна або доходів від майна, наприклад, за рахунок послуг. Водночас треба було мати на увазі, що якщо законність підстав набуття у

⁶⁰⁸ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 264.

власність коштів, за допомогою яких особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, сплачено послуги, не підтверджено доказами, то вчинене могло розглядатись як незаконне збагачення.

Цікаво, що формулювання «одержання ... неправомірної вигоди...», використане в первісній редакції ст. 368-2 КК, дозволяло охоплювати згадану неправомірну поведінку належного суб'єкта, що наводить на думку про доречність використання такого (подібного) формулювання у статті КК про незаконне збагачення. Крім іншого, це дозволило б усунути ґрунт для продемонстрованої вище дискусії, пов'язаної з позначенням предмета незаконного збагачення як активів, законність походження яких не підтверджується доказами. Подібним чином розмірковує Д.Г. Михайленко, на погляд якого розкішний спосіб життя публічної службової особи, який не пов'язаний з приростом її майна, проте виражається в отриманні нею (на свою користь або користь близьких) послуг, переваг, пільг, інших вигод, за які особа не сплачує коштів або сплачує явно нееквівалентну ціну, не може бути підставою для застосування норми КК про відповідальність за незаконне збагачення. У зв'язку з цим дослідник пропонує використати в ст. 368-2 КК (за прикладом інших норм КК про корупційні злочини) термін «неправомірна вигода», що дозволить поширити дію аналізованої кримінально-правової заборони на випадки отримання чи користування відповідним суб'єктом будь-якими майновими благами⁶⁰⁹.

О.І. Гузоватий висловив думку про те, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть користуватись активами або фактично володіти ними, посилаючись на те, що ці активи належать

⁶⁰⁹ Михайленко Д.Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних із суб'єктом владних повноважень. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. XVI / голов. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юрид. літ, 2015. С. 263-264.

на праві власності подружжю чи близьким родичам. Це унеможливило застосування норми КК про незаконне збагачення як універсального кримінально-правовою засобу в протидії корупції. Для вирішення проблеми пропонувалось криміналізувати як форму прояву незаконного збагачення «набуття цих активів у володіння чи користування у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами»⁶¹⁰. Вище вже вказувалось на невдачі формулювання «набуття активів ... законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», однак мова зараз йде про інше. При застосуванні ст. 368-2 КК слід було враховувати, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності (ч. 1 ст. 60 Сімейного кодексу України; СК). Звідси випливає, що предметом незаконного збагачення мало визнаватись і те майно, яке перебуває в спільній сумісній власності подружжя, в тому числі у випадку, якщо право власності на майно зареєстровано за чоловіком або дружиною особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Водночас з урахуванням ч. 2 ст. 97 СК на підставі шлюбного договору майно, набуте подружжям за час шлюбу, може вважатись таким, що належить на праві особистої приватної власності одному з подружжя. Відповідно, в такій ситуації було відсутнє передбачене ч. 1 ст. 368-2 КК набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів у власність (а отже, в цій частині О.І. Гузоватий мав рацію), проте, на мою думку, могли вбачатись ознаки такого альтернативного кримінально караного діяння, як передача належним суб'єктом активів іншій особі, якою виступає один із подружжя (сказане стосується і випадків передачі активів іншим особам, включаючи

⁶¹⁰ Гузоватий О.І. Зазначена праця. С. 108, 117, 186.

близьких родичів). Так що вести мову про прогалину в кримінальному законі і в цьому разі, вочевидь, не доводилось.

Взагалі з погляду кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК не мало значення, кому на праві власності належали активи, законність набуття яких є сумнівною і не підтверджується доказами; важливим було інше – те, що саме незаконна поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стала джерелом незаконного збагачення цієї особи або її оточення. Для того ж, щоб усунути сумніви, пов'язані з інкримінуванням ст. 368-2 КК у випадках належності активів на праві власності іншим особам, треба не загроможувати текст цієї кримінально-правової заборони вказівкою на набуття активів не лише у власність, а і у володіння чи користування, а рухатись у протилежному напрямі, спрощуючи редакцію ст. 368-2 КК. Вказівка в ній на набуття активів у власність, не відображаючи суть кримінально-караного збагачення і здатна певною мірою заплутати правозастосувача, з погляду цивілістики видається некоректною. Адже з урахуванням ст. 328 ЦК, згідно з якою право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно.

Ст. 368-2 КК була сформульована таким чином, що карана за нею передача активів мала місце лише в тому разі, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після одержання нею активів передавала їх іншим особам (вчиняючи правочин або надаючи майно для його вчинення). На те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні пройти «через руки» суб'єкта злочину, вказувало використання звороту «передача нею...»⁶¹¹. Відповідно, передачі предмета незаконного збагачення не

⁶¹¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джузі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 903-904; Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. С. 241-242.

вбачалась у випадках, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (тобто за проханням чи згодою уповноваженої особи здійснюється своєрідне переадресування активів); 2) особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, була проінформована про надання активів іншій особі і не вжила заходів до їх повернення надавачу.

Наведена вище наукова позиція, яка ґрунтується не тільки на семантичному значенні слова «передавати», а і на презумпції невинуватості та у правильності якої я переконаний і сьогодні, була викладена мною у первісно написаному коментарі до ст. 368-2 КК, однак зазнала змін у процесі редагування відповідної колективної праці. Як її редактор М.І. Хавронюк наполіг на тому, що більш прийнятним для потреб боротьби з корупційною злочинністю є інше (поширювальне) тлумачення кримінального закону: «Використання законодавчого звороту «передача нею...» вказує на те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні, хоча не обов'язково фізично, пройти «через руки» суб'єкта злочину. Іншими словами, суб'єкт повинен усвідомлювати той факт, що активи з його відома чи згоди передано іншій особі. Відповідно, передача предмета незаконного збагачення матиме місце, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома (прохання чи згоди) особифункціонера (своєрідне «переадресування активів»); 2) особифункціонер поінформована про надання активів іншій особі й не вжила заходів до їх повернення надавачу»⁶¹².

Раніше подібну точку зору висловив В.І. Тютюгін. Так, коментуючи первісну редакцію ст. 368-2 КК, дослідник писав, що під передачею НВ іншій особі слід розуміти не тільки ситуації, коли таку вигоду спочатку одержує службова особа

⁶¹² Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 265.

особисто і лише потім передає іншій особі, а й випадки, коли вона безпосередньо їх не одержує, а одразу ж надає іншій особі, тобто наділяє її такою вигодою. Таке тлумачення закону засноване на тому, що деякі різновиди НВ (наприклад, пільги з оплати житлово-комунальних послуг, право безоплатного проїзду в транспорті) не можна спочатку отримати особисто, а потім передати іншим особам⁶¹³. Д.Г. Михайленко з цього приводу слушно зауважив, що така форма об'єктивної сторони незаконного збагачення, як передача уповноваженою особою активів іншим особам, означає вчинення дії саме спеціальним суб'єктом (а не іншою особою) щодо вилучення активів зі своїх фондів з наступною передачею іншим особам. Так, певні послуги не можна отримати, а потім передати іншим особам, однак це не означає, що КК закріплює відповідні діяння як злочинні, а застосування КК за аналогією заборонено. До того ж отримання послуг майнового характеру навіть за значної їхньої вартості не може утворювати склад злочину «незаконне збагачення», оскільки в ст. 368-2 КК на сьогодні говориться про передачу активів, а послуги активами не визнаються⁶¹⁴.

Вважаю, що позначену проблему треба вирішувати шляхом вдосконалення КК, а не його поширювального (навіть з благородною метою) тлумачення. Для охоплення складом злочину «незаконне збагачення» випадків, коли активи на підставі відповідної домовленості надаються іншій особі, оминаючи того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, поліпшена ст. 368-2 КК (її аналог) могла б містити безпосередню вказівку на одержання активів (варіант – НВ) іншою особою з відома (згоди)

⁶¹³ Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. С. 824.

⁶¹⁴ Михайленко Д.Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних із суб'єктом владних повноважень. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. XVI / голов. ред. М.В. Афанасьева. Одеса: Юрид. літ, 2015. С. 261-263.

особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (суб'єктом незаконного збагачення і в цьому разі визнавалася б тільки уповноважена особа). Про необхідність включення в об'єктивну сторону складу аналізованого злочину вказівки на відмінну від передачі переадресацію активів вела мову й І.М. Ясінь⁶¹⁵.

У відгуку офіційного опонента на дисертацію О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)» В.А. Мисливий зауважував, що ст. 368-2 КК створює передумови для ухилення від відповідальності тих осіб, які без законних на те підстав збільшують активи інших осіб з відома службової особи. У зв'язку з цим ставилось питання про доцільність уточнення ст. 368-2 КК з тим, щоб визнавати злочином також передачу активів будь-якій іншій особі (варіант – третій особі), здійснювану іншою особою за згодою того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Однак за такого варіанту вдосконалення КК диспозицією її ст. 368-2 не охоплюватиметься поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка дала згоду на передачу активів іншим особам та яка (за логікою речей) і повинна визнаватись суб'єктом незаконного збагачення. Натомість таким суб'єктом чомусь буде виступати той, хто сам незаконно не збагачується, а шляхом передачі активів лише сприяє незаконному збагаченню особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (а точніше оточення такої особи).

Особа, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може одержувати оподатковувані доходи (від здавання майна в оренду, операцій з інвестиціями тощо) та ухилятися від сплати податків і зборів, що за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 212

⁶¹⁵ Ясінь І.М. Зазначена праця. С. 81-83, 119.

КК. При цьому вимога конкретизації обвинувачення означає необхідність з'ясування того, які саме положення податкового законодавства були порушені особою та яка редакція цих положень була чинною на момент вчинення злочину. Цю обставину слід, серед іншого, брати до уваги при вирішенні питання про наявність (відсутність) складу злочину, передбаченого ст. 212 КК, у поведінці осіб, які відповідно до Закону «Про запобігання корупції» є суб'єктами електронного декларування.

Так, органу досудового розслідування необхідно встановлювати наявність у таких осіб конкретних об'єктів, що підлягали оподаткуванню згідно із законодавством, яке було чинним на відповідний момент (протягом певного звітного періоду), і невиконання ними (а не, наприклад, податковими агентами) обов'язку зі сплати податкових внесків у супереч правилам, існуючим під час податкового правопорушення. У протилежному випадку інкримінування ст. 212 КК особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за результатами електронного декларування (зокрема, лише на підставі з'ясованої невідповідності між вартістю наявних активів і сумами офіційно отриманих (задекларованих) доходів)⁶¹⁶ буде безпідставним і таким, що суперечитиме принципу презумпції невинуватості⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Так, Генеральна прокуратура України свого часу намагалась інкримінувати ст. 212 КК одному з народних депутатів України, виходячи з того, що упродовж 1998–2015 рр. він отримав доходи, з яких сплатив доходи у сумі 3,3 млн. грн., при тому, що з урахуванням задекларованих активів отримав неоподатковані доходи у сумі 105,5 млн. грн. (див.: Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. *Вісник прокуратури*. 2017. № 9. С. 53).

⁶¹⁷ Докладніше про проблему впливу електронного декларування на оподаткування, а також про сумнівну практику інкримінування особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ст. 212 КК за результатами електронного декларування див., зокрема: Гетьманцев Д. «Коли вони прийшли», або Чому пошук податкових відьом у комірках чиновників і депутатів – загроза для кожного. *Закон і Бізнес*. 2017. 1-15 верес. (№ 34); Докійчук К. Всьому своє призначення. Деякі співвідношення е-декларування та ухилення від сплати податків. *Закон і Бізнес*. 2017. 14-31 серп. (№ 32-33); Орджиківський В. Податкова сторона е-декларування: коли статки більші за доходи. *Юридичний вісник України*. 2018. 27 лип. – 9 серп. (№ 30-31); Трепак В. Налоги с привкусом политики. *Зеркало недели*. 2017. 9-15 сент.

За ст. 368-2 КК могли нести відповідальність особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування⁶¹⁸. Такими згідно з п. 1 примітки ст. 368-2 КК є особи, зазначені у п. 1 ч. 1 статті 3 Закону «Про запобігання корупції» (відповідно, суб'єкт незаконного збагачення належить до категорії спеціально-конкретних). При цьому не всі особи, перераховані у вказаній нормі Закону «Про запобігання корупції», можуть визнаватись службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття (сказане стосується, зокрема, державних службовців, не всі з яких виконують функції, закріплені в ч. 3 ст. 18 КК).

Поняттям «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» не охоплюються ті, хто з погляду антикорупційного законодавства прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції» це – посадові особи юридичних осіб публічного права, особи, які надають публічні послуги, представники громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації, які входять до складу конкурсних комісій, утворених відповідно до Закону «Про державну службу», тощо. Частково такі «прирівняні» особи згідно з п. 1 примітки ст. 364 КК, в якій згадується і ст. 368-2 КК, визнаються «публічними» службовими особами, коло яких є ширшим за коло осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Показану неузгодженість у законодавчих визначеннях суб'єктів службових злочинів можна було усунути так, як це пропонував В.І. Осадчий⁶¹⁹: виключити з п. 1 примітки ст. 364

⁶¹⁸ Такий підхід загалом узгоджується зі ст. 2 Конвенції ООН проти корупції, яка визначає поняття державної посадової особи, вказівка на яку міститься в ст. 20 «Незаконне збагачення» цієї Конвенції.

⁶¹⁹ Осадчий В.І. Зазначена праця. С. 36.

КК вказівку на ст. 368-2 КК (остання містила визначення «свого» суб'єкта злочину).

У висновку Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», відзначається, що текст ст. 368-2 КК є непослідовним у частині використання терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», який у частинах 2 і 3 цієї статті вже не використовується. У зв'язку з цим заслуговувала на підтримку пропозиція термін «службова особа» в ч. 2 і ч. 3 ст. 368-2 КК замінити терміном «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування»⁶²⁰.

На відміну від В.А. Мисливого, який підтримав пропозицію О.І. Гузоватого криміналізувати незаконне збагачення службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми та особи, яка надає публічні послуги, вважаю, що відображений в останній редакції ст. 368-2 КК підхід із питання про коло осіб, спроможних нести відповідальність за незаконне збагачення, був загалом виваженим і перегляду не потребував. Згадана пропозиція О.І. Гузоватого не лише суперечить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (для чого в черговий раз виконувати міжнародно-правові рекомендації «з запасом?»), а й не знайшла в його науковій кваліфікаційній роботі належного обґрунтування з використанням вироблених доктриною принципів криміналізації.

⁶²⁰ Денегі О.П. Зазначена праця. С. 152.

Вирішуючи проблему кримінально-правової оцінки поведінки «колишніх функціонерів» – осіб, які під час виконання ними функцій держави або місцевого самоврядування незаконно збагатилися, але змогли це приховати, я пропонував виходити з такого. Якщо особа, яка вже не виконує функції держави або місцевого самоврядування, набуває активи або в інший спосіб демонструє різке покращення свого майнового становища, то це означає наявність у неї коштів або іншого майна, які могли бути набуті тоді, коли особа мала статус спеціального суб'єкта злочину. Труднощі, пов'язані з доказуванням незаконного збагачення, у такій ситуації очевидні, однак матеріально-правових перешкод для кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК мною не вбачалось (за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину)⁶²¹. Отже, навряд чи потрібно було змінювати цю статтю саме для подолання нібито існуючої прогалини та уможливлення реалізації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення «колишніх функціонерів».

З метою усунення прогалини в кримінально-правовій охороні суспільних відносин О.І. Гузоватий пропонував криміналізувати діяння, передбачені ст. 368-2 КК, вчинені особами протягом року після звільнення або іншого припинення їхньої діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави

⁶²¹ Іншої точки зору дотримувалась І.М. Ясінь. На її думку, «перешкодою для притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які після припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування, явно володіють активами, незаконно набутими під час здійснення такої діяльності, є законодавче формулювання ознак спеціального суб'єкта СЗ, передбаченого ст. 368-2 ККУ, як ОУВФДМС... особу, про очевидність невідповідності вартості активів та способу життя офіційним доходам якої стало відомо вже після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, не можливо притягнути до кримінальної відповідальності за НЗ у зв'язку з тим, що така особа не визнається суб'єктом відповідного СЗ» (див.: Ясінь І.М. Зазначена праця. С. 84, 101-102).

або місцевого самоврядування⁶²². У відгуку М.К. Гнетнева на автореферат дисертації О.І. Гузоватого з приводу цієї пропозиції зазначалось, що суспільна небезпека незаконного збагачення обґрунтовується, швидше за все, не календарними термінами набуття непідтверджених доказами активів, а тим, що вони набуваються особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тому краще прив'язку робити не до строків, а до причини набуття активів – виконання особою, нехай і в минулому (навіть віддаленому), вказаних функцій.

De lege ferenda ст. 368-2 КК (її аналог) доцільно доповнити положенням про те, що якщо суб'єкт незаконного збагачення та/або члени його сім'ї без законних на те підстав фактично здійснюють права власника над активами, які на праві власності належать іншій особі, то ці активи для цілей застосування норми про незаконне збагачення визнаються

⁶²² Гузоватий О.І. Значена праця. С. 132, 186.

У відгуку З.А. Загинеї на автореферат докторської дисертації Д.Г. Михайленка «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» критично оцінюється положення про необхідність вироблення такого нормативного механізму, у межах якого після припинення виконання владних функцій щодо особи не тільки деякий час зберігав би свою дію інститут декларування, а й передбачалась б адміністративна та кримінальна відповідальність за виявлені в результаті фінансового контролю необґрунтовані активи. Д.Г. Михайленко висловився за встановлення в статті КК про відповідальність за незаконне збагачення періоду в п'ять років, у межах якого негативні результати антикорупційного фінансового контролю можуть мати кримінально-правове значення через застосування цієї норми КК. Натомість З.А. Загинеї зазначила, що дія окремих антикорупційних обмежень, заборон та заходів контролю поширюється і на період після припинення виконання собою функцій держави або місцевого самоврядування. Так, згідно з ч. 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» особи, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, або іншу діяльність, зазначену у підпунктах «а» і «в» пункту 2, пункті 5 частини першої статті 3, зобов'язані наступного року після припинення діяльності подавати в установленому частиною першою цієї статті порядку декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік. Саме такий річний термін є об'єктивним, і відповідний вид декларування здатен виявити ті активи, які були здобуті такою особою незаконно. Висловлюється думка про те, що більш тривалий час не здатен показати незаконність походження активів особи, яка раніше виконувала функції держави або місцевого самоврядування.

такими, що належать службовій особі з моменту, коли вона або члени її сім'ї почали без законних підстав фактично здійснювати права власника. При цьому особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відповідатиме як виконавець незаконного збагачення, а члени її сім'ї або інші особи, у яких знаходяться такі майнові активи чи які отримали блага майнового характеру, – як пособники в незаконному збагаченні⁶²³.

До ухвалення рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. ситуація із ст. 368-2 КК залишалась патовою і, смію спрогнозувати, буде такою навіть якщо парламент ухвалить закон про нову (подібну) кримінально-правову заборону замість визнаної неконституційною. Допоки в Україні не проведено «нульове» декларування статків усіх мешканців (а такий чи подібний захід на кшталт податкової амністії є надзвичайно непопулярним кроком), практика застосування відповідної статті КК, вочевидь, залишатиметься незмінною.

За таких обставин (у тому числі за наявності аргументації, наведеної в рішенні КСУ від 26 лютого 2019 р., яку, не дивлячись на її розгорнутість, мені як громадянину України сприйняти складно) більш перспективним, однак не менш (а, можливо, навіть більш) ефективним вважаю шлях застосування вдосконаленого цивільно-процесуального інституту визнання необґрунтованими активів та їх витребування в порядку позовного провадження, якому передуюва-

⁶²³ Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2018. С. 258-259, 371-372.

Кримінально-правовою доктриною слушно ставиться питання про необхідність запровадження у регулятивне антикорупційне законодавство положень щодо перевірки майнового становища осіб, які є близькими до тих, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (див. Ясінь І.М. Зазначена праця. С. 57, 86-88, 109, 113-114). За таких обставин вказівка у ст. 368-2 КК, а точніше в її замінику (як на адресата передачі та переадресації активів) на близьких осіб могла б сприяти процесуальній здійсненості кримінального переслідування тих, хто вчинив незаконне збагачення.

тиме засудження, зокрема, за декларування недостовірної інформації⁶²⁴.

Проведене кримінально-правове дослідження дозволяє зробити загальний **висновок** про те, що вітчизняне антикорупційне законодавство містить численні вади і «вузькі місця», які, однак, не стільки блокують, скільки ускладнюють правозастосування. З одного боку, зрозуміло, що від того, наскільки вдало викладено ту чи іншу кримінально-правову заборону, наскільки виразно законодавець об'єктивував свою волю, залежить ефективність цієї заборони, а дефекти кримінально-правової норми спроможні серйозно ускладнити її дію або навіть зробити «мертвою». З іншого боку, навіть якісний кримінальний закон не гарантує справедливого і виваженого правозастосування. Ще Конфуцій говорив: коли я приїжджаю в чужу країну, я не запитую, добрі чи погані тут закони; я лише запитую, чи виконуються вони. Основна проблема кримінально-правової протидії корупції в сучасних умовах лежить не у законодавчій, а в правозастосовній площині, полягає не у відсутності юридичних підстав настання кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, що становлять собою злочинну корупцію, а в незастосуванні, неправильному або вибіркового застосуванні положень КК. Відповідно, як справедливо зауважує В.О. Навроцький, треба змінювати не кримінальний закон,

⁶²⁴ Для порівняння: Велика Британія почала застосовувати новий інструмент протидії корупції – так звані накази про непояснені статки, або Unexplained Wealth Order (UWO). Найвизначнішою перевагою UWO є те, що руки правоохоронних органів не зв'язані презумпцією невинуватості: тягар доведення падає на особу, чії активи під питанням. При цьому в цілях конфіскації застосовується відносно невисокий тягар доведення, що залишається на рівні цивільно-правових стандартів. Крім того, відсутність необхідності доводити в сенсі кримінального процесуального законодавства зв'язок між скоєнням злочину і набутими активами. Достатньо встановити зв'язок між особою, чії активи під питанням, і злочином, до якого ця особа, її рідні чи близькі можуть мати відношення (див.: Власюк В. Багато витрачаєш? Британія запустила новий антикорупційний механізм. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2018/11/12/7089183/?fbclid=IwAR2C9Lv3bIhIv3Gj2lhviqGy6FZ8Dp3Yb5442bKQ71znJpNTTjtCrOOM> (дата звернення: 10.02.2019)).

а ставлення до його виконання. Прогресивного антикорупційного законодавства (будемо вважати, що, не дивлячись на все сказане у цьому розділі монографії, воно у нас є) для ефективної протидії корупції явно замало – потрібні професіоналізм і добросовісність правозастосувачів, поступові зміни в менталітеті всього суспільства (очищення від корупції є неможливим без зусиль звичайних людей і незаплямованих політиків, які очолять країну на шляху до змін), політична воля керівництва держави. Науковці ж, роблячи більш або менш кваліфікований внесок у науково-методичне забезпечення протидії корупції, завжди готові в цивілізованих формах допомогти практикам розібратись у нюансах кримінально-правової складової антикорупційного законодавства України.

ВИСНОВКИ

Антикорупційні трансформації публічного права являють собою ніщо інше як форми практичної реалізації цінностей відкритого суспільства. Вони є системою інструментів діяльності суб'єктів, які через низку відповідних операцій, в межах стадій конструктивного створення на рівні теорії і подальшого практичного впровадження розроблених об'єктів (ідей, норм, концепцій, теорій тощо) попереджають корупцію і забезпечують сталу добросовісність у сфері публічно-правових відносин, що зумовлює відкритість суспільства для впровадження прогресивних ідей у реальне життя. Духовно-культурні умови протидії корупції складають основу антикорупційних реформ. Ці умови являють собою осмислені знання щодо добросовісності та варіацій її проявів; етико-моральну систему добрих і чесних відносин людини з іншими суб'єктами, у тому числі за параметрами усвідомлення власних місця, амбіцій, самоцінності й інших складових свого світу, свободи, причетності до суспільства; відчуття істини, ідеалів добра й краси, милосердя, що стає способом щирої / антикорупційної оцінки себе і своїх діянь / вчинків, які людина спрямовує на досягнення цілей соціального прогресу, відповідно до власної совісті, норм-принципів права і моралі у відкритому суспільстві. Політичні та інші соціально-правові передумови антикорупційних реформ складають наявні системи добросовісних політичних відносин між основними учасниками претендентів на отримання державної влади; відносин у сферах створення прибутку (економічна), його справедливого і прозорого розподілу (соціального захисту населення) через мережу публічних бюджетів та фондів.

Уявлення і кваліфікація конкретних діянь як корупційних залежить від соціального (історичного) контекстів,

культурних цінностей і соціального досвіду людини, тому суб'єктивна оцінка людьми діянь швидше не заснована на сукупності універсальних та незмінних правових та інших культурних цінностей. Вважаємо, що пізнання природи людей єдина важлива передумова для подолання розбіжностей між законодавчо визначеною моделлю антикорупційної політики й свідомістю більшості громадян. Природа більшості людей чесна, добра й не корумпована, схильна до справедливості. Обумовлені природою антропні властивості складають основу антикорупційного законодавства й соціальних практик його застосування тільки в умовах зорієнтованого й чіткого зорганізованого на соціальний прогрес суспільства, яке являє собою націю й у випадку дотримання загальноправових принципів відкрите суспільство. Інакше антропні виміри й культурні коди сприйняття антикорупційних правил вихолощуються соціумом, який поза межами антропної пасіонарності інертний, безвекторний, закритий / транзитивний вияв колективної корумпованої свідомості. Наявне антикорупційне законодавство з питань організації вітчизняних судів та правоохоронних органів втілює у собі інноваційні трансформації відносно суб'єктів протидії корупції на рівні судів та правоохоронних органів. Водночас воно містить низку архаїчних норм, суперечностей та прогалин.

Доброчесність визначаємо як практичну реалізацію суб'єктивної можливості людини на добру і чесну професійну самореалізацію у суддівській і правоохоронній діяльності, що передбачає розвиток через систему соціальних інститутів сукупності особистісних та професійних якостей на рівні, який дозволяє цілком обґрунтовано стверджувати, що претендент на відповідну посаду або діючий суддя / правоохоронець найкращим чином, порівняно з усіма іншими, буде виконувати / виконує високу соціальну місію у суспільстві, і

своїм добродієм прикладом надихає своїх колег та інших громадян діяти в межах чинного правопорядку, а у підсумку в межах своєї відповідальності сприяє соціальному поступу у вигляді антикорупційних та інших позитивно-перспективних трансформацій публічного права відкритого суспільства. До її вихідних основ зараховуємо духовність, загальнолюдські цінності та інші антропні властивості кожного, а також пасіонарні культурні коди, закладені й культивовані під час соціалізації людини.

Наукове видання

**О. О. Дудоров, Т. О. Коломоець,
С. М. Кушнір, О. Л. Макаренко**

**ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ,
АДМІНІСТРАТИВНО- ТА
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ОСНОВИ
КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ
РЕФОРМИ В УКРАЇНІ**

Монографія

Українською мовою

Підписано до друку 28.02.2019 р. Формат 60x84/16.
Папір офсетний. Гарнітура Droid Serif. Цифровий друк.
Умовно-друк. арк. 27,7. Тираж 300. Замовлення № 0319м-47.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105
Телефон +38 (0552) 39 95 80
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.