

Джерело опублікування:

Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2017. – № 2. – С. 84–99.

ПРО РОЗМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 368 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ, І ПРОСТУПКУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 172-5 КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

З урахуванням здобутків кримінально-правової та адміністративно-правової доктрин розкривається співвідношення злочинного одержання неправомірної вигоди та адміністративно караного порушення обмежень щодо подарунків, на підставі чого висуваються пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства і практики його застосування.

Постановка проблеми. Антикорупційне законодавство України є підстави критикувати за його нестабільність, ускладненість, надмірну деталізацію описання певних деліктів тощо. Зрозуміло, однак, що навіть якісне законодавство не гарантує справедливого і виваженого правозастосування. Доповнення Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) главою 13-А, яка на сьогодні має назву «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією», зумовлює необхідність розроблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства.

У п. 4 ст. 7 Конвенції ООН проти корупції говориться про обов'язок держав-учасниць створювати, підтримувати і зміцнювати такі системи, які сприяють прозорості і запобігають виникненню конфлікту інтересів у публічному секторі. Хоч конфлікт інтересів не слід ототожнювати з корупцією *ipso facto* (в силу власне факту), зростає розуміння того, що неадекватне врегулювання конфліктів між приватними інтересами і державними обов'язками службових осіб стає джерелом корупції [1]. Одним з інструментів, покликаних виключати виникнення конфлікту інтересів, є законодавче

встановлення заборон та обмежень щодо подарунків. Поняття подарунка слід відрізняти від поняття неправомірної вигоди як предмета корупційних злочинів. При цьому, як зазначають міжнародні фахівці з висвітлюваної проблематики, нерідко державні посадові особи одержують подарунки, які можуть бути хабарами [2]. На корупціогенність поведінки, пов'язаної з подарунками, вказує і прислів'я, яке говорить: маленькі подарунки дозволяють обзавестися великими друзями.

Аналіз останніх досліджень і формулювання мети. Проблематика відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних проступків висвітлюється в роботах П.П. Андрушка, Л.П. Брич, О.З. Гладуна, З.А. Загиней, К.П. Задой, В.М. Киричка, Р.Л. Максимовича, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, Н.М. Ярмиш та ін. Утім, не всі висловлені цими дослідниками судження видаються безспірними, а окремі аспекти вказаного відмежування залишилися поза увагою науковців, у зв'язку з чим обрана проблематика потребує подальшого опрацювання. Як це не дивно, але щодо зазначеного відмежування інколи можна робити діаметрально протилежні висновки залежно від того, з якого правила виходити: або з ніким не скасованої ч. 2 ст. 9 КУпАП (пріоритет – за кримінально-правовими заборонами), або з колізійного правила «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості та який має своє підтвердження в практиці ЄСПЛ (пріоритет – за адміністративно-правовими нормами).

Одним із неоднозначно вирішуваних в юридичній літературі питань є розмежування злочину, караного за ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК), і проступку, передбаченого ст. 172-5 КУпАП. Свого часу я спільно з Г.М. Зеленовим з'ясував це питання [3], однак за час, що минув, не лише зазнали змін вказані кримінально-правова та адміністративно-правова заборони, а і було ухвалено новий базовий законодавчий акт з розглядуваної

тематики – Закон України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (далі – Закон від 14 жовтня 2014 р.), який, встановлюючи відповідні заборони та обмеження, дещо інакше (жорсткіше) порівняно зі своїм попередником (Закон України від 7 квітня 2011 р. «Про засади запобігання і протидії корупції») регламентує порядок одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняними до них особами. До речі, із дефініцій подарунка і неправомірної вигоди, наведених у ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., впливає, що певне благо може визнаватись і подарунком, і неправомірною вигодою. Метою пропонованої статті є розкриття (з урахуванням здобутків як кримінально-правової, так і адміністративно-правової доктрини) позначеного проблемного питання кваліфікації і висунення на цій основі пропозицій, спрямованих на вдосконалення ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП і практики їх застосування.

Виклад основного матеріалу. Вирішуючи питання про розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, слід передусім мати на увазі, що з диспозиції ч. 1 ст. 368 КК впливає нерозривний зв'язок між одержанням неправомірної вигоди, прийняттям її пропозиції (обіцянки) і проханням надати неправомірну вигоду, з одного боку, і виконанням (невиконанням) службовою особою дій з використанням свого службового становища, з іншого. Відсутність такого зв'язку виключає наявність складу цього корупційного злочину. Разом з тим із погляду кваліфікації вчиненого за ст. 368 КК не має значення: по-перше, чи була неправомірна вигода запропонована, обіцяна, одержана або прохання про її надання висловлено до або після вчинення (невчинення) службовою особою обумовлених такою вигодою дій з використанням службового становища; по-друге, чи було заздалегідь обумовлено одержання неправомірної вигоди; по-третє, чи вчинила службова особа дії (бездіяльність) в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи

надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи і чи збиралася вона їх вчиняти.

Інакше кажучи, 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 їх вчинення однакову відповідальність, що, зрозуміло, не означає їхньої однакової суспільної небезпеки: підкуп традиційно розглядається як більш суспільно небезпечне діяння, ніж одержання неправомірної вигоди, якому домовленість між сторонами корупційної угоди не передувала, але яке також посягає на публічно-правовий 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 «хабара-подяки» зазвичай пояснюється тим, що необумовлені неправомірні вигоди: нерідко надаються службовій особі з розрахунком користуватись її послугами в майбутньому; руйнують систему публічного управління; можуть мати своїм результатом прагнення службової особи одержувати їх від усіх тих, хто вимушений звертатись до неї [4, с. 22–26]. 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.

Слід, щоправда, зауважити, що такий традиційний підхід вітчизняного законодавця, послідовно підтримуваний і судовою практикою, не повною мірою узгоджується зі статтями 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, адже в цих нормах міжнародно-правових актів наголошується на необхідності криміналізації лише *підкупу* національних державних посадових осіб. З цього приводу у п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції РЄ 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 [5].

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» 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 неправомірну вигоду (приймає пропозицію чи обіцянку такої вигоди) за вчинення *обумовлених* дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень. Тобто запропонована (обіцяна) або фактично надана неправомірна вигода 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 неправомірної вигоди по службі, зумовлювати відповідне використання ним своїх службових повноважень.

Водночас із диспозиції ч. 3 ст. 368-3 КК такий висновок не впливає. 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 особи

приватного права, яка за вчинені в минулому дії (бездіяльність) з використанням наданих їй повноважень одержує заздалегідь необумовлену неправомірну вигоду. І в цьому випадку має констатуватись зв'язок між одержанням неправомірної вигоди (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 Я.В.Ризак запропонувала у ч. 1 і ч. 3 ст. 368-3 КК вказати на те, що неправомірна вигода пропонується, обіцяється, надається та одержується (пропозиція, обіцянка вигоди приймається) за вчинення *обумовлених* дій чи бездіяльності відповідного суб'єкта по службі [6, с. 4–5, 9, 15–16].

Зрозуміло, що якщо рухатись шляхом сприйняття згаданих вище 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. У дореволюційній літературі з цього приводу зазначалось, що кримінально-правові норми про відповідальність за хабарництво не мають на меті заглушити у громадян почуття вдячності до тих чи інших органів влади, які викликали це почуття чесним виконанням покладених на них обов'язків [7, с. 502]. 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 [8, с. 25].

У межах викладеного підходу можна розмірковувати приблизно таким чином: якщо поведінка службової особи на користь іншої особи була правомірним здійсненням службових повноважень і не супроводжувалась з боку цієї службової особи проханням чи вимогою надати неправомірну вигоду, то подальше одержання певного блага не повинне розцінюватись як злочин і, відповідно, кваліфікуватись за ст. 368 КК. Адже в подібних ситуаціях зв'язок між одержанням певної блага і поведінкою належного суб'єкта по службі не є визначальним, і на перший план виходять інші моменти (почуття людської вдячності, чемності, прихильності тощо).

Проте, чинна редакція ст. 368 КК (всупереч, як вже зазначалось, ст. ст. 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції) цих нюансів, на жаль, 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)» [9, с. 51].

Повторю, однак, що не варто виключати можливість кримінально-правової оцінки скоєного в подібних 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 (адже конкретний суддя може і не бути юридичним позитивістом).

До слова, ч. 2 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. із 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 гостинність. 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?

Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків утворює склад передбаченого ст. 172-5 КУпАП проступку. Відмежовуючи останній від складу злочину, описаного в ст. 368 КК, слід, крім усього іншого, виходити з того, що: по-перше, у згаданій статті КУпАП говориться про порушення певних *обмежень*, але не заборон; по-друге, п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., 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 законодавства.

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» [10, с. 118–119]. Хотів би уточнити, що відсутність зазначеного зв'язку унеможлиблює 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 авторки, унеможливлювало 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 виникло резонне запитання: чи 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 відповідальність [11].

Чинна редакція ст. 172-5 КУпАП, на відміну від попередньої редакції цієї статті, 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 – неправомірної вигоди). 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 злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства остаточно не розв'язало [12; 13]. Врешті-решт Законом від 14 жовтня 2104 р. 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» [9, с. 50].

З урахуванням викладеного вище і правила, закріпленого в ч. 2 ст. 9 КУпАП, одержання «публічною» службовою особою подарунка, забороненого п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК (зокрема, за відсутності малозначності діяння).

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 повинна наставати за ст. 368 або ст. 368-4 КК. Оцінюючи матеріали судової практики, дослідник справедливо вбачає ознаки корупційного злочину у випадках: одержання уповноваженою особою винагороди (1 тис. грн. і пачки цигарок) за неpritягнення правопорушника до адміністративної відповідальності; одержання посадовою особою юридичної особи публічного права (психіатром-реабілітологом МСЕК) 1 тис. грн. за сприяння в прискоренні та отриманні пацієнтом довідки про інвалідність [14, с. 381–401]. Тому навряд чи можна погодитись із розробниками Методичних рекомендацій з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб [1], які як приклад правильної юридичної оцінки наводять випадок з інкримінуванням ст. 172-5 КУпАП (а не ст. 368 КК, як мало бути) інспектору з охорони довкілля державної екологічної інспекції, який одержав талони на 200 л бензину марки А-95 за те, що не складатиме на фізичну особу-підприємця протокол про виявлені порушення природоохоронного законодавства.

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 неправомірною вигодою, 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 КУпАП [15, с. 65–66; 16]. Сказане зайвий раз підтверджує правильність тези про те, що в сучасних умовах основна проблема протидії корупції лежить не стільки в законодавчій, скільки в правозастосовній площині. Як слушно зауважує В.М. Шаповал, ефективність законотворення вимірюється насамперед правозастосуванням, оскільки яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування [17].

Висловлюючи аналогічні міркування, Н.М. Ярмиш обґрунтовано веде мову про те, що в п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. йдеться насправді не про подарунок (хай навіть і заборонений), а про неправомірну вигоду як предмет злочину, передбаченого, зокрема, ст. 368 КК. Оскільки в цьому разі слово «подарунок» перекручує справжній характер того, що відбувається, п. 1 із ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. пропонується виключити [9, с. 52–53].

З урахуванням викладеного вище 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 використання службового становища [18, с. 113]. По-перше, зазначена поведінка «публічної» службової особи посягає на ті суспільні 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 неправомірну вигоду, 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 в той час, як для проступку, описаного в ст. 172-5 КУпАП, достатнім є факт одержання подарунка, а виконання (невиконання) дій в інтересах дарувальника значення не має [20, с. 31–32]. Викладена позиція ігнорує існуючу конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 368 КК.

О.З. Гладун, як і згадані вище науковці, не сумнівається в тому, що порушення абсолютної заборони, закріпленої в п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., утворює об'єктивну сторону кримінально караного одержання неправомірної вигоди і має (залежно від категорії спеціального суб'єкта) кваліфікуватись як відповідний злочин, зокрема, за ст. 368 КК. З'ясувавши співвідношення між забороною 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 від 14 жовтня 2014 р., 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 Закону від 14 жовтня 2014 р. 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 від 14 жовтня 2014 р., 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 виключити [21].

Нагадаю, що п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. *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 випливає некоректність назви ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. «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 від 14 жовтня 2014 р., то вона, на мою думку, позбавлена однозначності.

По-перше, сумніви (а їх висловлюють і інші автори [9, с. 50, 53; 15, с. 65]) 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, вочевидь, 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 від 14 жовтня 2014 р.). 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 подарунка [22, с. 215]. Подібну думку висловлює В.М. Киричко [23, с. 92].

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 від 14 жовтня 2014 р., 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 неправомірної вигоди 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 вироку, на підставі якого суб'єкт засуджується за

ст. 368 КК, має бути зазначено, за виконання (невиконання) яких конкретних дій з використанням службового становища публічна службова особа одержала неправомірну вигоду. 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 КК [14, с. 223]

За таких обставин більш доречним (порівняно з виключенням п. 2 із ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р.) 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 Закону від 14 жовтня 2014 р. не лише п. 2, а і п. 1 (як це пропонує робити, наприклад, Н.М. Ярмиш).

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 від 14 жовтня 2014 р.), 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 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 від 14 жовтня 2014 р. обмежень у вигляді заборон щодо одержання подарунків за жодних умов не може кваліфікуватись як одержання неправомірної вигоди за статтями КК, оскільки воно є правопорушенням, пов'язаним із корупцією, яке відповідно до ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. не містить ознак корупції, та яке не є суспільно небезпечним діянням [23].

Вважаю позицію В.М. Киричка конструктивною, проте в основному 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 від 14 жовтня 2014 р. 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 поняття корупції є те, що останнім не охоплюється обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди 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. Як слушно зазначається в літературі, жодна стаття КК із тих, де

йдеться про надання-одержання неправомірної вигоди, не містить ознак, з яких би впливало, що за неправомірну вигоду очікується вчинення саме протиправного діяння [24, с. 161]. Законодавче визначення поняття корупції не дає, як на мене, однозначної відповіді на питання, чи охоплюється цим визначенням одержання «неправомірної вигоди-подяки», звідки, однак, висновок про незлочинність такої поведінки в жодному разі не впливає (про це йшлося вище).

Таким чином, оскільки регулювання відносин, пов'язаних із кримінальною відповідністю за корупційний злочин і звільненням від такої відповідальності, є, так би мовити, виключною прерогативою КК, неузгодженості між цим Кодексом і Законом від 14 жовтня 2014 р. не повинні братись до уваги при вирішенні питання про розмежування правопорушень, передбачених чинними редакціями ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП.

Висновки. Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, 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 правозастосовні орієнтири, сформульовані Верховним Судом України та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Таких орієнтирів 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 від 14 жовтня 2014 р. слід виключити.

По-друге, незважаючи на те, що ст. 368 КК є чи не найбільш

«постраждалою» в ході перманентного реформування антикорупційного законодавства України, визнавати сьогоднішню модель цієї кримінально-правової заборони оптимальною не доводиться. Серед іншого, чинна редакція ст. 368 КК не враховує міжнародно-правові зобов'язання України в частині оцінки одержання «неправомірної вигоди-подяки», у зв'язку з чим проблема декриміналізації такої поведінки потребує фахового обговорення і врешті-решт розв'язання, у тому числі в контексті чіткого законодавчого (а не пов'язаного із дискреційним застосуванням ч. 2 ст. 11 КК, як це має місце наразі) невизнання злочинною поведінки, скерованої загально визнаними 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 поведінку.

Використані джерела:

1. Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб. Затв. рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 14 липня 2016 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nads.gov.ua/page/metodychni-rekomendaciyi>.

2. Коррупция: глоссарий международных стандартов в области уголовного права. – OECD, 2007 (п. 3.8) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/41194582.pdf>.

3. Дудоров О.О. Правова еквілібристика, або Про відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень / О.О. Дудоров, Г.М. Зеленев // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2012. – № 1 (частина 1). – С. 92–99.

4. Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Дудоров Олександр Олександрович. – К., 1994. – 208 с.

5. Пояснювальна записка до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://crimecor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/article;jsessionid=f3a149f998ca5d901366def8f6e8349e?art_id=49138&cat_id=46352.

6. Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Я.В. Ризак. – К., 2014. – 20 с.
7. Ширяев В.Н. Взятничество и лиходейство в связи с общим учением о должностных преступлениях. Уголовно-юридическое исследование / В.Н. Ширяев. – Ярославль, 2016. – 570 с.
8. Волженкин Б.В. «Обычный подарок» или взятка? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1997. – № 4. – С. 24–26.
9. Ярмиш Н. Про співвідношення одержання неправомірної вигоди з одержанням забороненого подарунка / Н. Ярмиш // Вісник прокуратури. – 2016. – № 6. – С. 48–54.
10. Максимович Р.Л. Коментар до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» / Р.Л. Максимович. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 280 с.
11. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України) / Л. Брич // Юридичний вісник України. – 8–14 травня 2010 р. – № 19.
12. Дудоров О. Відповідальність за корупційні злочини. Огляд основних новел кримінального законодавства / О. Дудоров, Г. Зеленов // Юридичний вісник України. – 28 вересня – 4 жовтня 2013 р. – № 39.
13. Загиней З.А. Проблеми співвідношення статті 368 Кримінального кодексу України та частини 2 статті 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення / З.А. Загиней // 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 I. – Х.: ХНУВС, 2014. – С. 56–59.
14. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : ВД «Дакор», 2017. – 522 с.
15. Мозгова В. Порухення антикорупційних обмежень щодо одержання подарунків: питання кваліфікації / В. Мозгова, І. Ольшанецький // Вісник прокуратури. – 2016. – № 11. – С. 64–68.
16. Мозгова В.В. Окремі проблеми кваліфікації за статтею 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення / В.В. Мозгова // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 55–57.
17. Якість та ефективність законотворення: актуальні питання // Голос України. – 18 лютого 2017 р. – № 32.
18. 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. – С. 111–119.
20. 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. – Х.: ХНУВС, 2016. – 100 с.

21. Гладун О.З. Обмеження щодо одержання подарунків: міжнародні стандарти та вітчизняні положення / О.З. Гладун // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 17–21.

22. 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. – К.: Вид-во Ліра-К, НАДУ, 2016. – 524 с.

23. 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 / В.М. Киричко // 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. – Х.: ХНУВС, 2017. – С. 91–92.

24. Ярмиш Н.М. Щодо відповідності поняттю корупційного правопорушення злочинів, передбачених статтею 45 Кримінального кодексу України / Н.М. Ярмиш // Юридичний вісник. – 2015. – № 3. – С. 158–162.