

ЗАУВАЖЕННЯ І ПРОПОЗИЦІЇ ДО ПРОЕКТУ ПОСТАНОВИ ПЛЕНУМУ ВССУ «ПРО ПРАКТИКУ ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ОКРЕМІ КОРУПЦІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ»¹

1. У п. 3 проекту постанови Пленуму ВССУ «Про практику застосування судами законодавства України про відповідальність за окремі корупційні правопорушення» (далі – проект постанови) закріплено перелік суб'єктів відповідальності за вчинення корупційного правопорушення. Як зазначено в самому проекті постанови, цей перелік не є повним. Вважаємо, що п. 3 проекту постанови не допоможе правозастосувачу, оскільки він лише частково дублює положення ст. 4 Закону України від 7 квітня 2011 року «Про засади запобігання і протидії корупції», не розриваючи зміст понять, використаних у цій статті Закону, зокрема, таких, як «особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги», «публічні послуги», «особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми».

2. В абз. 5 п. 15 проекту постанови відтворюється законодавче визначення неправомірної вигоди, проте не роз'яснюється, що слід розуміти під перевагами, пільгами, послугами, а так само нематеріальними активами як складовими неправомірної вигоди. Вважаємо, що при доопрацюванні зазначеного фрагменту проекту постанови можуть стати у нагоді у тому числі такі наукові джерела: Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – С. 34-43; Ризак Я. Предмет комерційного підкупу за Кримінальним кодексом України // Вісник Національної академії прокуратури. – 2012. – № 1. – С. 121–126. Одне з ключових питань, яке має бути вирішене у постанові при

¹ Зауваження і пропозиції підготовлено спільно з Г.М. Зеленовим.

тлумаченні поняття «неправомірна вигода», – це питання, чи можуть визнаватись неправомірною вигодою з точки зору відповідальності за корупційні правопорушення послуги, пільги і переваги, що не мають майнового характеру.

3. Вважаємо, що п. 14 та абз. 3 п. 15 проекту постанови суперечать один одному. Із п. 14 випливає, що у випадку колізії між нормами КК та КпАП застосуванню підлягають норми КК, а в абз. 3 п. 15 говориться, що якщо особа отримала неправомірну вигоду, розмір якої не перевищує ста НМДГ, застосуванню підлягає ст. 172-2 КпАП.

На нашу думку, відповідальність за такі дії для службових осіб, які згідно з ч. 1 примітки ст. 364 КК є суб'єктами одержання хабара, передбачена ч. 1 або ч. 2 ст. 368 КК (залежно від розміру отриманого хабара), а не ст. 172-2 КпАП. Відмежовуючи першу форму об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КпАП (порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди), від злочину, караного за ст. 368 КК, ми поділяємо точку зору М.І. Хавронюка, згідно з якою застосуванню в цій ситуації підлягає ст. 368 КК. Вважаємо, що на користь цієї точки зору свідчить не стільки той факт, що в ч. 1 ст. 368 КК не визначено мінімальний розмір хабара, скільки те, що в ч. 1 ст. 368 КК передбачено відповідальність за одержання хабара в розмірі, що не перевищує п'яти НМДГ, тобто предмет правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 172-2 КпАП, і предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, співпадають за розміром, у зв'язку з чим тут вбачаються підстави для застосування ч. 2 ст. 9 КпАП, на чому, до речі наголошується у п. 14 проекту постанови.

Взагалі принципове питання, від того чи іншого вирішення якого і залежатиме розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства (і не лише у розглядуваній ситуації), можна сформулювати так: з якого правила при здійсненні вказаного розмежування треба виходити – або з ніким поки що не скасованої ч. 2 ст. 9 КУпАП,

відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (за пріоритет кримінально-правових заборон, треба так розуміти, висловлюються розробники проекту постанови), або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми).

4. В абз. 3 п. 15 проекту постанови дії особи, яка порушила встановлені законом обмеження щодо використання службових повноважень і пов'язаних із цим можливостей та прийняла обіцянку/пропозицію неправомірної вигоди у розмірі, що не перевищує ста НМДГ, для себе чи інших осіб, пропонується кваліфікувати за відповідною частиною ст. 172-2 КпАП залежно від розміру неправомірної вигоди. І лише у випадку, коли особа, вчинивши зазначені дії, завдала істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, її дії залежно від суб'єкта (характеру покладених на нього функцій) пропонується кваліфікувати за ст. ст. 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4 КК.

Разом з тим в абз. 4 п. 15 проекту постанови використання службових повноважень і можливостей, пов'язане з прийняттям обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, пропонується кваліфікувати лише за нормами КК, а саме за ст. 15 і ч.ч. 3 і 4 ст. 368-3, або за ст. 15 і ч.ч. 3 і 4 ст. 368-4, або за ст. 15 і ст. 368 КК як замах на відповідні злочини. Виникає питання, а куди поділася ст. 172-2 КК?

Виходить, що роз'яснення, наведені в абз. 3 та абз. 4 п. 15 проекту постанови, певною мірою суперечать одне одному.

Хотіли також звернути увагу на те, що згадування в абз. 3 п. 15 проекту постанови про заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам у контексті

відповідальності за ч. 1 ст. 368, ч. 3 ст. 368-3 і ч. 4 ст. 368-4 КК є недоречним, оскільки склади злочинів, передбачених цими нормами КК, є формальними.

До того ж постає питання, чому прийняттям відповідним суб'єктом обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди має розцінюватись саме як замах, а не як готування до злочину, передбаченого ст. 368, ч. 3 і ч. 4 ст. 368-3, ч. 3 і ч. 4 ст. 368-4 КК. Принаймні в юридичній літературі (див.: Бурдін В.М. Пропозиція хабара: диференціація кримінальної відповідальності чи криміналізація наміру // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 4. – С. 248) висловлюється думка про те, що ясно виражену згоду службової особи на отримання хабара, можна кваліфікувати як готування до одержання хабара.

5. Вказівка в абз. 6 п. 15 на розмір істотної шкоди, якщо вона полягає у завданні матеріальних збитків, є непотрібним дублюванням ч. 3 примітки статті 364 КК.

Ми погоджуємось із відображенням у п. 16 проекту постанови підходом, згідно з яким при розмежуванні комерційного підкупу, пропозиції або давання хабара як злочинів та адміністративного проступку, передбаченого ст. 172-3 КпАП, слід виходити із закріпленого в КпАП критерію, який відповідно до ч. 2 ст. 172-3 КпАП дорівнює ста НМДГ. При цьому ні в ч. 1 ст. 368-3, ні в ч. 1 і ч. 2 ст. 369 КК, як відомо, мінімальний розмір неправомірної вигоди (хабара) не визначено.

Фактично в п. 16 проекту постанови пріоритет віддано адміністративно-правовій забороні при тому, що в п. 14 проекту постанови йдеться, як вже зазначалось, про пріоритет норм КК. У зв'язку зі сказаним роз'яснення, наведені у п. 14 і п. 16 проекту постанови, потребують узгодження між собою

6. У ч. 1 ст. 172-3 КпАП встановлено відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди службовій особі. Тому з точки зору чинного антикорупційного законодавства пропонування або надання неправомірної вигоди незалежно від її розміру особі, яка надає публічні послуги, має тягнути кримінальну відповідальність за певною частиною ст. 368-4 КК завжди, а не

лише тоді, коли розмір неправомірної вигоди перевищує сто НМДГ, як на цьому наголошується в абз. 2 п. 16 проекту постанови.

7. П. 17 проекту постанови значною мірою є дублюванням положень ст. 7 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції».

8. Абз. 1 п. 18 проекту постанови є відтворенням примітки ст. 172-5 КпАП, п. 1, підпунктів «а», «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції».

9. У назві проекту постанови Пленуму говориться, що документ присвячено окремим корупційним правопорушенням. Різновидом корупційного правопорушення відповідно до ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» є корупційний злочин. Щоправда, текст проекту постанови в основному присвячено тлумаченню норм адміністративного законодавства, що передбачає відповідальність за вчинення адміністративних корупційних деліктів. І лише в деяких випадках, коли це стосується розмежування деяких адміністративно та кримінально караних корупційних правопорушень, формулюються роз'яснення щодо застосування окремих норм КК. У зв'язку з цим вважаємо, що Пленум має звернути значно більше уваги питанням тлумачення норм КК, що передбачають відповідальність за вчинення корупційних злочинів, або щонайменше назву проекту постанови варто уточнити, вказавши в ній, що її присвячено питанням застосування норм адміністративного антикорупційного законодавства. Це можна зробити, наприклад, замінивши в назві проекту постанови поняття «правопорушення» поняттям «проступки» або додавши після слова «судами» слово «адміністративного».