

Д. Михайленко,
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

НОРМА ПРО НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ОСНОВНОГО РУБЕЖУ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Як було встановлено в попередніх дослідженнях [30; 31; 32], норма про незаконне збагачення в редакції ст. 368-2 Кримінального кодексу України (далі – ККУ), що діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., могла виконувати функції одночасно двох рубежів протидії корупції (основного й завершального), проте фактично використовувалась лише як резервна підстава кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора. Цей висновок зумовив необхідність структуризації дослідження норми про незаконне збагачення, яка діяла в зазначені періоди часу, на два відносно відокремлені напрями: 1) вивчення ст. 368-2 ККУ з урахуванням цілі її створення та у зв'язку зі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (при цьому незаконне збагачення оцінюється як елемент завершального рубежу кримінально-правової протидії корупції); 2) аналіз ст. 368-2 ККУ з урахуванням реальної практики її застосування як випадково виділеного суміжного корупційного злочину (при цьому незаконне збагачення оцінюється як елемент основного рубежу зазначеної вище протидії). Водночас норма про незаконне збагачення в редакції згідно із законом України від 14 жовтня 2014 р. (діяла з 26 січня 2015 р. по 4 березня 2015 р.) та в редакції згідно із законом України від 12 лютого 2015 р. (діє з 5 березня 2015 р. й донині) сформована так, що виникає ризик усунення її функції як елемента основного рубежу кримінально-правової протидії корупції в Україні.

З огляду на зазначене необхідно встановити, які групи діянь, що раніше отримували кваліфікацію за ст. 368-2 ККУ, сьогодні можуть вважатись декриміналізованими; з'ясувати, які наслідки це може спричинити для механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні; запропонувати (за необхідності) рішення, яке усунуло б окреслену правову невизначеність і ризики та стабілізувало б групу норм ККУ, що покликані протидіяти корупції. Саме наведене становить мету роботи.

За основу дослідження береться гіпотеза, згідно з якою поряд із нормою про незаконне збагачення в моделі ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, яка виконувала б функцію елемента завершального рубежу протидії корупції, у ККУ потребується окрема норма, що встановлювала б кримінальну відповідальність за корупційні діяння, які не можуть бути кваліфіковані за існуючими статтями ККУ та є суспільно небезпечними, що підтверджено усталеною практикою їх кримінального переслідування. Така норма фактично формулювалась у ст. 368-2 ККУ в редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. і з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. та зумовлювала віднесення цієї статті також до елементів основного рубежу кримінально-правової протидії корупції.

Вирішення окреслених проблем на підставі наведеної гіпотези не досліджувалось в українській юриспруденції.

Для того щоб виявити, які групи діянь, що раніше отримували кваліфі-



кацію за ст. 368-2 ККУ, сьогодні можуть вважатись декриміналізованими, необхідно визначити, яким чином розмежовувалась зазначена стаття в редакції, що діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., з іншими статтями ККУ. Для цього вивчено судову практику щодо застосування ст. 368-2 ККУ в зазначений період, а також теоретичні уявлення щодо меж її дії. З огляду на те, що норму про незаконне збагачення в окреслені періоди застосовували не досить інтенсивно, вивчено всі судові рішення, які доступні в Єдиному державному реєстрі судових рішень (виявлено лише 45 рішень за 25 кримінальними справами за ст. 368-2 ККУ, судові рішення за 6 справами, у яких відображена правова позиція сторони захисту, що була спрямована на зміну кваліфікації вчиненого зі статті про пасивний підкуп на статтю про незаконне збагачення, а також 2 постанови з висновками Верховного Суду України щодо розмежування ст. ст. 368 та 368-2 ККУ [38; 39]).

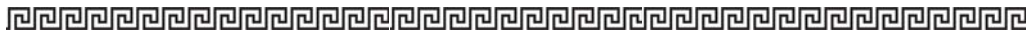
Як нами вже було встановлено [28, с. 79], головна відмінність незаконного збагачення від одержання хабара полягала в тому, що під час вчинення першого проступку отримання певної вигоди жодним чином не пов'язане з минулою чи наступною діяльністю службової особи. Під час одержання хабара-підкupu останній зумовлює дію по службі, а під час одержання хабара-винагороди передається за них. Отже, за незаконного збагачення в службової особи відсутній намір вчинити дії по службі в інтересах будь-яких осіб за вигоду або її отримання не здійснюється за минулу діяльність службовця. Такий підхід ґрунтувався на судовій практиці щодо оцінки давання-одержання хабара-винагороди, яка фактично мала місце до введення в дію норми про незаконне збагачення.

Зазначене розуміння критеріїв відмежування незаконного збагачення (у редакції ст. 368-2 ККУ до внесених законом України від 14 жовтня 2014 р.

змін) від злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, було підтримане в юридичній літературі лише частково. Так, зазначається, що розмежовувати склади злочинів, передбачені ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, варто за ознаками об'єктивної сторони: хабар одержується службовою особою за виконання або невиконання будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища; якщо ж службова особа отримує майнову вигоду без умови виконання (невиконання) нею будь-яких дій із використанням наданої їй влади чи службового становища, такі дії утворюють склад незаконного збагачення [1, с. 56]. Таким чином, у більш пізніх роботах у період дії ст. 368-2 ККУ утвердилось розуміння, що норма про одержання хабара не охоплює надання хабара-винагороди, тому таку діяльність необхідно кваліфікувати за нормою про незаконне збагачення.

Наведений висновок підтверджувався також варіантами встановлення розмежувальної ознаки для ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, які пропонувались депутатами під час конструювання норми про незаконне збагачення. Так, склад незаконного збагачення уточнено негативною ознакою «за відсутності ознак хабарництва» згідно з поправками депутата І.В. Вернидубова за результатами розгляду 2 лютого 2011 р. проекту закону України від 17 грудня 2010 р. № 7487 [42] Комітетом з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. Як альтернативний варіант введення розмежувальної ознаки в склад незаконного збагачення вносились пропозиції депутатів Ю.В. Прокопчука та В.Д. Швеця, за якими незаконним збагаченням визнавалося б діяння, не пов'язане з вчиненням або невчиненням із використанням наданої влади чи службового становища будь-якої дії або бездіяльність в інтересах особи, яка надає таку вигоду, чи в інтересах будь-якої іншої особи [37]. У подальшому законом України від 18 квітня 2013 р. № 221-18 [41] зазначена розмежувальна ознака була трансформована в «за





відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу».

У зв'язку із цим варто не лише погодитись, а й наголосити на тезі, що встановлення причинного зв'язку між отриманням певної вигоди та поведінкою належного суб'єкта на службі як обов'язкова ознака об'єктивної сторони одержання хабара має виключати інкримінування норми ККУ про відповідальність за незаконне збагачення [19, с. 30].

З огляду на наведені зауваження буде досліджуватись судова практика щодо застосування ст. 368-2 ККУ в її редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р. Вивчення зазначених судових рішень, а також результатів наукових досліджень інших учених дає змогу не тільки виділити низку ознак, за відсутності яких суди виключали кваліфікацію дій особи за ст. 368 ККУ та віддавали перевагу ст. 368-2 ККУ, а й сформулювати важливі теоретичні положення щодо правової природи норми про незаконне збагачення за ККУ.

Правові ситуації, у яких суди віддавали перевагу нормі про незаконне збагачення, а не статті, що встановлює відповідальність за підкуп у публічному секторі управління, згруповані нижче залежно від тієї конкретної ознаки, відсутність якої дала змогу застосувати ст. 368-2 ККУ.

Перша група ситуацій пов'язана з відсутністю в службової особи можливості (як нормативної, так і фактичної) використовувати своє службове становище.

Так, обвинувачений одержав 350 000 грн за неповідомлення про виявлені ним порушення встановлення протипожежних дверей, проте згідно з посадовою інструкцією не мав необхідних повноважень щодо виявлення порушень і складання відповідних актів реагування, не входив до складу комісії з прийняття об'єктів першої черги реконструкції НСК «Олімпійський» в експлуатацію та, відповідно, не мав владних повноважень як працівник Державної інспекції техно-

генної безпеки щодо прийняття рішення про прийняття об'єкта в експлуатацію, а лише мав надати відповідь щодо технічного стану об'єктів, пов'язаних із протипожежною безпекою [12; 56]. З наведеного постає, що кваліфікація діяння винного за ст. 368 ККУ була виключена, оскільки він в описаній ситуації не мав можливості використати своє службове становище, про що також знали особи, які надавали йому неправомірну вигоду, а його висновок міг спричинити несприятливі наслідки лише в майбутньому через призначення з його врахуванням додаткової перевірки.

В іншій справі після укладання договору купівлі-продажу металобрухту між Прилуцькою нафтогазорозвідувальною експедицією ДП НАК «Надра України» «Чернігівнафтогазгеологія» та ПП «Інтерресурс» заступник начальника першого вимагав та отримав 18 250 грн за надання дозволу на порізку, завантаження й транспортування брухту чорних металів із території державного підприємства. Апеляційний суд виправив помилку суду першої інстанції, дійшовши висновку про відсутність ознак злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, і поширив на дії обвинуваченого норму про незаконне збагачення, виходячи з того, що отримання коштів не пов'язане з виконанням чи невиконанням певних дій із використанням службового становища, оскільки необхідність надання зазначеного вище дозволу нічим не передбачена, та закриття провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України, оскільки розмір отриманих коштів є меншим ніж 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) [58].

У подібних випадках варто мати на увазі, що коли винний застосовує обман щодо можливостей свого службового становища чи кола повноважень, то його дії містять уже ознаки шахрайства (ст. 190 ККУ) або службового викрадення (ч. 2 ст. 191 ККУ) та не можуть бути кваліфіковані як незаконне збагачення.



З огляду на зазначене обов'язково необхідно встановлювати, чи була обізнана особа, яка надавала неправомірну вигоду, з дійсними можливостями службовця та чи вводив в оману потерпілого останній щодо своєї компетенції з метою збагатитись. Зазначена обставина була оцінена судом, який відхилив прохання апелянта про зміну верою суду першої інстанції [10] шляхом перекваліфікації його дій зі ст. 190 ККУ на ст. 368-2 ККУ. При цьому вказано, що оскільки тимчасово виконуючий обов'язки військового комісара Першотравневого РВК Донецької області знав, що не має можливості вирішувати питання про звільнення від призову на строкову військову службу за станом здоров'я, проте повідомив призовнику завідомо неправдиві відомості щодо можливостей свого службового становища, то одержання від останнього 500 дол. США було здійснене шляхом обману [52].

Однак суди не завжди розглядають можливість оцінки діяння винного як шахрайства. Наприклад, як незаконне збагачення були кваліфіковані дії Товстогузького сільського голови Тернопільського району Тернопільської області, який отримав 10 000 дол. США за підписання від імені сільської ради з приватним підприємцем договору оренди земельної ділянки площею 3,27 га, яка перебувала за межами населеного пункту, а отже, передача її в оренду не входила до його компетенції [17]. При цьому не було встановлено, чи застосовувався до підприємця обман щодо дійсних повноважень Товстогузького сільського голови. У справі ж щодо начальника Луганського ЛВУМГ філії «Управління магістральних газопроводів «Донбастрасгаз» ПАТ «Укртрансгаз», який, усвідомлюючи, що не має законних прав на реалізацію недіючого трубопроводу й видачу відповідного письмового дозволу на проведення робіт із розкопування ґрунту та його демонтажу, скористався необізнаністю про це зацікавленої особи й дав згоду на отримання 150 000 грн за прийняття

зазначених рішень. За таких обставин суд кваліфікував дії винного за ст. 368-2 ККУ [5], що, як видається, є помилковим рішенням, оскільки був застосований обман, що зумовлює необхідність застосувати ст. 190 ККУ або ч. 2 ст. 191 ККУ. При цьому визначати, яка зі згаданих статей ККУ буде застосовуватись до конкретної ситуації, варто на підставі висновку Верховного Суду України [40]. За цим висновком обман, що застосовується під час викрадення чужого майна шляхом використання службового становища, має особливі, специфічні ознаки, які відрізняють його від обману під час шахрайства. Ця відмінність полягає в тому, що в першому випадку в основі обману (дезінформації), до якого вдається вина особа, завжди лежить протиправне використання нею свого службового становища. Без застосування можливостей службового становища обман є недовірним і нездійсненим. Цей обман є різновидом обману, який через підвищену суспільну небезпеку й специфічні ознаки був криміналізований в окрему форму злочинів проти власності (ч. 2 ст. 191 ККУ). У другому ж випадку заволодіння майном можливе без протиправного використання службового становища.

Наведені висновки судів за конкретними справами показують, що відсутність ознаки злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, правильно встановлюється в ситуаціях, коли надавання-одержання неправомірної вигоди зумовлене можливим чи здійснюваним порушенням інтересів особи та не пов'язане з використанням службового становища, оскільки службова особа не мала можливості вчинити діяння по службі або вчинення такого діяння нормативно не передбачалось, при цьому винний не застосовував обман. За таких умов одержання неправомірної вигоди суди кваліфікують за ст. 368-2 ККУ.

Варто звернути увагу на те, що в цьому разі постає необхідність провести розмежування статті про незаконне збагачення та статті про майнове



вимагання (ст. 189 ККУ), яка повинна застосовуватись у тих випадках, коли за викладених обставин службова особа ставить вимогу неправомірної вигоди, що має майновий характер, з погрозою, зокрема, обмеження прав, свобод чи законних інтересів потерпілого чи його близьких родичів або розголошення відомостей, які ці особи бажають зберегти в таємниці. Загалом у разі вчинення діяння особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, ст. 368-2 ККУ є загальною щодо ст. 189 ККУ.

Водночас інколи суди допускають помилки в застосуванні ст. 368-2 ККУ під час встановлення відсутності ознак підкупу за схожих обставин. Так, заступника начальника управління по забезпеченню програми приватизації ДАК «Національна мережа аукціонних центрів», який як ліцитатор під час проведення аукціону з продажу комунального майна 5 травня 2008 р. одержав 147 000 дол. США за забезпечення перемоги в цьому аукціоні, засуджено за ч. 3 ст. 368 ККУ та призначено покарання у вигляді позбавлення волі на 8 років і додаткові покарання [11]. Апеляційний суд, встановивши низку кримінально-процесуальних порушень і не поставивши під сумнів кваліфікацію вчиненого, вирок скасував, а справу повернув на новий судовий розгляд [54], під час якого суд дійшов висновку, що за передані грошові кошти підсудний не міг вчинити діяння по службі (вплинути на результат аукціону), оскільки всі необхідні дії щодо підготовки до проведення аукціону вже були здійснені. Покупець також не зміг пояснити, за що саме він надавав неправомірну вигоду. У зв'язку із цим суд правильно дійшов висновку про відсутність ознак хабарництва, проте застосував ст. 368-2 ККУ, яка на момент вчинення діяння ще не існувала. При цьому суд послався на ч. 1 ст. 5 ККУ щодо зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі [13]. Таке вирішення питання щодо застосування норми про незаконне збагачення співпадає з ре-

комендацією В.М. Киричка, на думку якого похідним висновком від тези про виділення законодавцем з 1 липня 2011 р. зі ст. 368 ККУ заздалегідь не обумовленого одержання неправомірної вигоди за вчинення незаконного діяння по службі в ст. 368-2 ККУ є те, що остання стаття, а також ст. 172-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, яка є її аналогом з адміністративною відповідальністю, мають зворотню в часі дію стосовно таких діянь, які раніше (до 1 липня 2011 р.) отримали оцінку за ст. 368 ККУ [24, с. 219]. Водночас необхідно звернути увагу на те, що під час введення в ККУ ст. 368-2, яка мала застосовуватись лише за відсутності ознак хабарництва, ст. 368 ККУ не зазнала у зв'язку із цим будь-яких змін, а тому за відсутності ознак складу одержання хабара необхідно закрити справу, а не застосовувати ст. 368-2 ККУ, яка не діяла на момент вчинення діяння. Зворотної ж у часі дії ст. 368-2 ККУ в описаних вище ситуаціях не може відбуватись, оскільки норма про незаконне збагачення містить негативну ознаку («за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу»), а ст. 368 ККУ не зазнавала з 1 липня 2011 р. таких змін, які звужували б коло забороненої цією статтею поведінки (окрім кола суб'єктів). Зазначене додатково свідчить про те, що законодавець не виводив із дії норми про одержання хабара на користь норми про незаконне збагачення від будь-яких діянь, проте, як показує аналіз судової практики, таке виведення було здійснене судовою системою, що варто пов'язувати із застосуванням до 1 липня 2011 р. ст. 368 ККУ за аналогією до діянь, які формально не містили ознак хабарництва, проте були суспільно небезпечними (зокрема, це стосується хабара-винагороди). Після 1 липня 2011 р. для застосування до таких випадків повною мірою стала придатна ст. 368-2 ККУ, що усунуло проблему аналогії, проте нівелювало ціль створення норми про незаконне збагачення.



Повертаючись до розглядуваної кримінальної справи, необхідно звернути увагу на доречне зауваження касаційного суду, який скасував вирок, адже суд передчасно дійшов висновку про зміну кваліфікації, оскільки не розмежував службові повноваження обвинуваченого, якими він був наділений як заступник начальника управління по забезпеченню програми приватизації ДАК «Національна мережа аукціонних центрів» у складі аукціонної комісії та одноособово [47]. Таким чином, суд касаційної інстанції звернув увагу на те, що заступник начальника управління незалежно від перебування в складі комісії мав можливість із використанням свого службового становища вплинути на процес підготовки аукціону та його перебіг, що не було досліджено судом.

Друга група ситуацій пов'язана з встановленням відсутності зумовленості службової діяльності неправомірною вигодою, що поширює на останню правовий режим подарунка.

Так, після укладання договору від імені КЕВ м. Миколаєва з підприємцем про спільну обробку земельної ділянки службова особа КЕВ м. Миколаєва шляхом порушення обмежень щодо використання службових повноважень і пов'язаних із цим можливостей одержав від зазначеного підприємця неправомірну вигоду у вигляді частини коштів, одержаних від збуту продуктів рубки (264 400 грн) [9; 55]. З контексту судових рішень постає, що в цьому випадку відсутня зумовленість дії з укладення договору з конкретним підприємцем одержанням неправомірної вигоди в майбутньому, тобто має місце «хабар-винагорода» (подарунок), який суд кваліфікував як незаконне збагачення. В іншій справі суд правильно змінив кваліфікацію із ч. 3 ст. 368 ККУ, за якою підтримувалось обвинувачення, на ч. 1 ст. 368-2 ККУ, оскільки було встановлено, що директор Львівського обласного центру репродуктивного здоров'я населення одержав 7 000 дол. США вже після вчинення дій по службі (прийняття особи на посаду лікаря)

без попередньої домовленості про це [7], тобто неправомірною вигодою не зумовлювала вчинення управлінського акту винним. З такою позицією погодився апеляційний суд, прямо назвавши при цьому зазначену неправомірну вигоду подарунком [53]. В аспекті, що досліджується, аналогічним чином були встановлені фактичні обставини та надана їм кваліфікація за ст. 368-2 ККУ в справі щодо начальника управління Укртрансінспекції в Автономній Республіці Крим, який, вказуючи на можливість свого службового становища та членство в Республіканському конкурсному комітеті по визначенню автомобільного перевізника на автобусних маршрутах Автономної Республіки Крим, повідомив потерпілому про те, що ним було вжито заходи для прийняття конкурсною комісією позитивного рішення на користь ТОВ «СТК» про передачу цьому підприємству відповідних маршрутів, чим створив в останнього переконання особистого зобов'язання за надану допомогу та запропонував передати йому як винагороду за це грошові кошти в сумі 10 000 дол. США, які в подальшому отримав через пособника [18]. З такою кваліфікацією апеляційний суд погодився [48]. Водночас як прокуратура, так і суд у зазначеній справі без будь-яких доводів не взяли до уваги ту обставину, що від потерпілого вимагали відмовитись від перемоги в конкурсі під загрозою постійних перевірок у майбутньому або сплатити 10 000 дол. США за кожен маршрут, що містить ознаки вимагання хабара (ч. 3 ст. 368 ККУ).

У цьому контексті варто звернути увагу на позицію, згідно з якою неправомірною вигодою як предметом незаконного збагачення за своїм визначенням могла охоплювати лише ті її види, у кожному з яких була ознака неправомірності самої вигоди, тому й дії, вчинювані з таким предметом як тією особою, яка одержувала таку вигоду, так і тією особою, яка її надавала, були протиправними. У зв'язку із цим зазначалось, що не може бути предметом незаконного збагачен-





ня дарунком (пожертва) [24, с. 211]. З такою думкою погодитись не можна, оскільки одержання подарунків службовою особою публічного сектора регламентується ст. 8 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», за якою визначеним суб'єктам відповідальності за корупційні правопорушення забороняється безпосередньо або через інших осіб одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб у таких випадках: 1) за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами й органами; 2) якщо особа, яка дарує (здійснює) дарунок (пожертву), перебуває в підпорядкуванні такої особи. З огляду на це отримання неправомірної вигоди за обставин, що описані в наведених судових рішеннях, коли можна вести мову про хабар-винагороду, повною мірою відповідають такій ознаці неправомірної вигоди, як надання або одержання її без законних на те підстав. Тобто в цих ситуаціях дії як особи, яка надавала такий подарунок, так і особи, яка його отримувала, є протиправними, а тому і в разі одержання дарунків у сукупному розмірі, що відповідає вартості предмета незаконного збагачення (100 НМДГ), такі дії однозначно повинні визнаватись незаконними. При цьому слушною є думка В.М. Киричка, за якою законодавець виділив один із видів одержання хабара (мова йде про одержання хабара у вигляді подяки після вчинення дій по службі без попередньої домовленості про це (хабар-винагорода)), що раніше кваліфікувалось за ст. 368 ККУ, та встановив за вчинення такого діяння адміністративну відповідальність, якщо розмір неправомірної вигоди не перевищує 100 НМДГ, і кримінальну відповідальність за ст. 368-2 ККУ, якщо розмір неправомірної вигоди перевищує 100 НМДГ [24, с. 217]. При цьому варто зазначити лише, що надання-одержання хабара-винагороди до введення статті про незаконне зба-

гачення, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 368 ККУ, не були злочинними діями, а кримінальна відповідальність за таку поведінку наставала фактично за аналогією у зв'язку з роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України, що було викладене в п. 3 його Постанови «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5, за яким відповідальність за ст. 368 ККУ настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він зумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралась чи ні вона це робити. Тому вважаємо за доцільне вести мову не про виділення законодавцем цієї форми незаконного збагачення зі складу одержання хабара, а про впорядкування практики притягнення до кримінальної відповідальності осіб за одержання хабара-винагороди за відсутності підстав до цього, тобто деюре про криміналізацію цього діяння в ст. 368-2 ККУ. Останнє також означає, що дії особи, яка надала хабар-винагороду, не можуть бути кваліфіковані за ст. 369 ККУ та сьогодні не зумовлюють кримінальну відповідальність навіть за аналогією, як це було раніше.

До введення в ККУ норми про незаконне збагачення в науковій літературі були накопичені правові позиції в контексті полеміки щодо оцінки дій службової особи під час одержання хабара-винагороди. Критичний аналіз існуючих теоретичних підходів до вирішення цієї проблеми в попередній нашій роботі [29] дав можливість належним чином аргументувати наведені висновки щодо криміналізації одержання хабара-винагороди в ст. 368-2 ККУ.

Наведене в подальшому було додатково підтверджено висновком Верховного Суду України [39], за яким під час розмежування норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених ст. 368 ККУ (у редакції від 18 квітня 2013 р.) та ст. 368-2 ККУ (у редакції від 7 квітня 2011 р.), необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну



від незаконного збагачення) завжди зумовлене вчиненням (невчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи, будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. За незаконного збагачення така зумовленість відсутня, оскільки як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій із використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб.

Закономірним у зв'язку з викладеним є те, що судова практика, яка тривалий час застосовувала ст. 368 ККУ до випадків давання-одержання подарунка (хабара-винагороди), виходячи із суперечливого тлумачення ознак об'єкта й об'єктивної сторони хабарництва (а як виявляється сьогодні, і з фактичним застосуванням аналогії закону про кримінальну відповідальність), з введенням в Україні в дію норми про незаконне збагачення змінила існуючий підхід до оцінки описаних діянь на користь ст. 368-2 ККУ. Саме з огляду на це необхідно вести мову не про виділення зі складу злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, такої його форми, як одержання хабара-винагороди, і поміщення підстави кримінальної відповідальності за це діяння в новостворену ст. 368-2 ККУ, а про криміналізацію такого діяння нормою про незаконне збагачення.

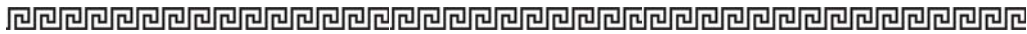
Таким чином, у разі визнання одержаної неправомірної вигоди подарунком у зв'язку з тим, що грошові кошти надавались уже після здійснення управлінського акту та без попередньої домовленості, усувається можливість застосування ст. 368 ККУ, і за наявності необхідних умов виникає необхідність кваліфікувати дії винного за ст. 368-2 ККУ чи ст. 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення (у разі, коли отримана неправомірною вигода оцінюється в суму,

що менша чи дорівнює 100 НМДГ). Такий висновок укріпився після змін, внесених до ККУ законом України від 18 квітня 2013 р. [41], за якими ст. 370 ККУ була перейменована з «Провокація хабара та комерційного підкупу» на «Провокація підкупу». При цьому очевидно, що наведена стаття стосується також провокації діянь, передбачених ст. ст. 368 і 369 ККУ, які з огляду на назву ст. 370 ККУ також визнаються підкупом. Зазначене підтверджується також у дослідженнях кримінологів, у яких надання й одержання неправомірної вигоди (хабарництва), тобто ст. ст. 368 і 369 ККУ, розглядається як підкуп у сфері публічної службової діяльності [63]. У зв'язку з тим, що надання-одержання подарунка (хабара-винагороди) не можна віднести до діяльності, яка характеризується як підкуп, додатково знаходить підтвердження висновок про неможливість її оцінки за ст. ст. 368 і 369 ККУ. Зазначене демонструє правильність підходу судів України до кваліфікації надання-одержання подарунка (хабара-винагороди) за ст. 368-2 ККУ в аналізованій редакції.

Третя група ситуацій пов'язана з використанням службовою особою знань чи інформації, які вона отримала у зв'язку зі здійсненням службової діяльності.

Так, начальник відділу організації й безпеки дорожнього руху Служби автомобільних доріг у Дніпропетровській області був засуджений за ст. 368-2 ККУ за одержання 270 000 грн (з яких 78 013,50 грн він мав намір залишити собі) за надання сприяння підприємцю в отриманні дозволу на розміщення 15 двосторонніх рекламних носіїв у межах смуги відведення автомобільної дороги шляхом створення сприятливих умов підготовки необхідного техніко-правового обґрунтування та супроводу поетапного проходження документів із метою мінімізації підприємницького ризику. При цьому, як встановив суд, відділ, яким керував засуджений, виконав покладену на нього функцію, і передача грошей цим не





зумовлювалась та не пов'язувалась із цим, а дії, які вчинив винний, не мали вирішального значення для кінцевого рішення про видачу відповідного дозволу [2]. Питання про відсутність підстав застосування ст. 368-2 ККУ в апеляційному порядку не розглядалось [51].

В іншій справі суди як першої [61], так і апеляційної [50] інстанцій погодились із кваліфікацією дій директора ДП «Вінницький науково-дослідний та проектний інститут землеустрою» за ст. 368-2 ККУ, який одержав 170 000 грн за сприяння (виходячи із судових рішень – фактично консультування) у вирішенні питання щодо відведення у власність земельної ділянки на території Журбинецької сільської ради найбільш економним способом, при цьому винний не був уповноваженим на прийняття рішення щодо відведення земельної ділянки у власність. Схожа справа щодо директора КП «Узберіжжя», який був засуджений за ст. 368-2 ККУ, одержавши сумарно 12 500 дол. США за надання допомоги (консультування, збирання інформації про необхідний пакет документів) ТОВ «Сервіс зв'язок плюс» щодо підписання з Одеською міською радою договору оренди частини пляжу, користуючись при цьому своїм становищем і знайомствами [14; 57]. Фактично аналогічна в цьому контексті справа щодо керуючого справами виконавчого комітету Дрогобицької міської ради, який одержав 13 000 дол. США за надання допомоги в придбанні у власність торговельних місць на ринку у вигляді підготовки проекту договору купівлі-продажу торгових місць на ринку, технічного паспорта, висновку щодо відповідності об'єкта будівельно-технічним нормам, позову до Дрогобицького міськрайонного суду про визнання права власності [4].

Правильною вважаємо також кваліфікацію дій головного спеціаліста з питань земельних відносин управління агропромислового розвитку Білгород-Дністровської райдержадміністрації, який, добре знаючи структуру органів райдержадміністрації, володію-

чи великою кількістю особистих контактів із різними посадовими особами в ланцюжку погоджень відведення земельних ділянок і знаючи, як можна усунути тяганину під час розгляду документів або своєчасно усунути будь-які недоліки під час їх оформлення, одержав 20 000 дол. США за допомогу в прискоренні отримання розпорядження про право власності на земельну ділянку водного фонду площею 3 га, хоча в його компетенцію цей комплекс питань не входив [15]. Фактично такими ж є обставини, встановлені в справі заступника начальника відділу судової роботи юридичного управління департаменту комунальної власності Одеської міської ради, який, користуючись відомою йому за характером служби інформацією та знаючи фактичні процедури щодо укладення договорів оренди комунального майна, отримав 7 000 дол. США за організацію передачі в оренду підвального приміщення площею 100,9 м², хоча не міг прийняти чи вплинути на рішення щодо цього питання [16]. В іншій справі суди як першої [8], так і апеляційної [49] інстанцій застосували ст. 368-2 ККУ до дій старшого оперуповноваженого відділу організації викриття податкових злочинів ГВ ПМ ДПІ у м. Чернігові, який отримав на вказаний ним рахунок 100 000 грн за допомогу в питаннях, що перевірялись слідчими, і не міг приймати процесуальні рішення в кримінальній справі.

У наведених правових ситуаціях *одержання неправомірної вигоди було здійснене за неправомірне сприяння особам шляхом надання послуг посередника чи консультанта, що стало можливим у зв'язку з володінням службовою особою знаннями або інформацією, які вона отримала у зв'язку з виконанням службової діяльності, без виконання дій із використанням службового становища та без здійснення впливу на прийняття рішень особою, уповноваженою на виконання функцій держави.* Таке використання знань та інформації, здобутих за час перебування на посаді,



не відповідає передбаченим законом про кримінальну відповідальність ознакам об'єктивної сторони підкупу та може становити злочин, передбачений ст. 368-2 ККУ.

Четверта група ситуацій пов'язана зі ступенем конкретизації діянь службової особи, за які надається неправомірна вигода.

Так, начальника відділу погашення прострочених податкових зобов'язань СДПІ по роботі з ВПП у м. Харкові засуджено за ст. 368-2 ККУ за завуальоване (під виглядом оплати послуг різних видів за підробленими документами) одержання із 47 підприємств сумарно 92 935 грн як неправомірної вигоди. Хоча суд не аргументував відсутність ознак підкупу, проте з вироку постає, що означені кошти перераховувались на рахунок підприємця на прохання винної особи як допомога ДПІ без домовленості за будь-які дії у відповідь, фактично за збереження добрих стосунків [3].

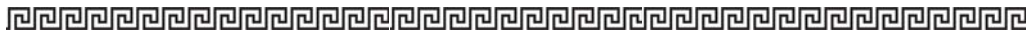
Ключовою для проведення розмежування між ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, у тому числі в ситуаціях, що є аналогічними до описаної, є справа щодо заступника начальника податкової міліції – начальника слідчого відділу ДПА у Полтавській області, який одержав 7 000 дол. США за використання своїх повноважень і становища під час досудового слідства щодо службових осіб ТОВ «Скломонтаж». Суд першої інстанції засудив податківця за ч. 1 ст. 368-2 ККУ, вказавши, що доказами в справі не доведено, які саме конкретні дії мав вчиняти чи не вчиняти підсудний за отримані гроші [6]. Апеляційний суд не погодився з таким висновком і встановив, що неправомірна вигода була одержана за бездіяльність підсудного й підконтрольних йому слідчо-оперативних працівників щодо повної та всебічної перевірки пов'язаних суб'єктів господарської діяльності, а також обмежене нарахування у зв'язку із цим суми несплачених податків, і застосував ч. 3 ст. 368 ККУ [59]. Касаційний суд знову змінив кваліфікацію дій податківця на

ч. 1 ст. 368-2 ККУ, зазначивши, що він отримав винагороду, лише скориставшись своєю посадою начальника слідчого відділу, а не за конкретні дії [60]. Верховний Суд України, переглядаючи судові рішення в цій справі на підставі п. 1 ч. 1 ст. 400-12 Кримінального процесуального кодексу України 1960 р. (що зумовлює обов'язковість його висновків для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, і для всіх судів України), підтримав позицію апеляційного суду та визнав, що незаконна винагорода за описаних обставин була отримана не просто так, а за вчинення певних дій, що вказало на наявність у діях підсудного ознак хабарництва та виключило можливість кваліфікації цього діяння за ознаками незаконного збагачення [38].

Логіка застосування судами різних інстанцій норм матеріального права за наведеними справами дає змогу зробити висновок, що одержання неправомірної вигоди службовою особою не буде містити ознак підкупу, *якщо така вигода була надана з метою підлабузництва, для встановлення «добрих» стосунків, «на всяк випадок», тобто не за конкретні службові діяння.*

У юридичній літературі існує дискусія щодо того, чи повинні дії службової особи, за які вона одержує неправомірну вигоду, мати конкретний характер (бути чітко визначеними), чи також допускається можливість надання неправомірної вигоди за вигідну спрямованість діяльності службової особи. Прихильники однієї позиції вважають, що неправомірна вигода може надаватися незалежно від конкретних зобов'язань виконати визначену дію [23, с. 66]. Виплачуючи службовій особі «на всяк випадок» винагороду, коруптер бажає уникнути можливих неприємних випадковостей і мати підтримку в майбутньому [27, с. 77]. Тому, як вважають прихильники такого підходу, підкуп матиме місце й у випадках, коли неправомірна вигода передається з метою





забезпечення в загальній формі певної спрямованості в діяльності службової особи. При цьому хоча самі дії, які службова особа буде виконувати в інтересах особи, не конкретизуються, проте обидва учасники злочинної угоди виходять із того, що в усій своїй діяльності корупціонер враховуватиме інтереси коруптера та здійснюватиме для нього найбільше сприяння [25, с. 82].

На думку інших авторів, така позиція не відповідає закону. При цьому зазначається, що за неправомірну вигоду можуть бути виконані будь-які, проте конкретні дії, а також що підкуп не матиме місце, коли матеріальні блага передаються службовій особі за «збереження доброго ставлення», «на всяк випадок» тощо [26, с. 40; 20, с. 133–134]. ККУ пов'язує з отриманням неправомірної вигоди здійснення дій або утримання від них, а дія — це завжди щось конкретне. Не можна давати неправомірну вигоду за загальне добре ставлення, оскільки ставлення не є дією. Саме така позиція підтримується Пленумом Верховного Суду Республіки Білорусь, відповідно до п. 3 відповідної постанови якого [34] та рекомендацій за результатами огляду судової практики [33] вирок суду повинен містити вказівку, за виконання яких конкретних дій (бездіяльність) по службі посадова особа одержала хабар.

Проте вважаємо, що у випадках давання неправомірної вигоди за несуттєві дії часто має місце невідсутність конкретності в діях службовця, які «купуються», а ситуація, за якої зміст таких дій сторонам повністю ясний, тому їх конкретизація не потрібна. Тому варто погодитись із тим, що в ситуації, коли як для корупціонера, так і для коруптера цілком очевидно, про яку конкретну дію йде мова, неправомірна вигода може бути надана за мовчазною згодою [22, с. 71; 44, с. 207]. На такі ситуації звертається увага в п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації [36], за яким під час отримання хабара за загальне протегування чи потурання по службі

конкретні дії (бездіяльність), за які він отриманий, на момент його прийняття не обмовляються хабародавцем і хабароодержувачем, а лише усвідомлюються ними як вірогідні, можливі в майбутньому. Водночас у п. 4 раніше діючої постанови Пленуму Верховного Суду Російської Федерації [35] закріплювався інший підхід, за яким у вирокі необхідно вказувати, у чому конкретно виразились наведені вище дії (бездіяльність) за хабар. Саме тому в більшості випадків надання неправомірної вигоди «на всяк випадок» не потрібна конкретність угоди між сторонами підкупу, оскільки вона постає з характеру їх взаємин [20, с. 134]. В інших ситуаціях складу підкупу не буде, а такі побори службових осіб зі службово залежних осіб можна кваліфікувати залежно від інших умов як службові зловживання (за ст. 364 ККУ) чи як незаконне збагачення (за ст. 368-2 ККУ). З огляду на наведене доцільно статті про кримінальну відповідальність за підкуп (ст. ст. 354, 368–369 ККУ) та зловживання впливом (ст. 369-2 ККУ) доповнити вказівкою на те, що дії, які повинна виконати службова особа, мають бути визначені, тобто зрозумілі для сторін підкупу в момент вчинення злочину.

На підставі проведеного дослідження судової практики щодо застосування ст. 368-2 ККУ підтверджується теоретичний висновок професора В.І. Тютюгіна [46, с. 34], за яким незаконне збагачення суб'єкта в разі одержання ним неправомірної вигоди може здійснюватись двома способами: або шляхом її надходження до винного від іншої особи, тобто внаслідок надання останньою такої вигоди та її прийняття службовою особою, або за рахунок вчинення відповідних дій самою службовою особою без надання такої вигоди іншою особою.

Таким чином, норма про незаконне збагачення в її редакції, яка діяла з 1 січня 2011 р. по 5 січня 2011 р. та з 1 липня 2011 р. по 25 січня 2015 р., виконуючи також функцію елемента основного рубежу протидії корупції, фак-



тично використовувалась як резервна підстава кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора (здебільшого щодо пасивного підкупу (ст. 368 ККУ)). Також привертає увагу те, що зазначена норма могла протиправно використовуватись із метою уникнення кримінальної відповідальності за пасивний підкуп у публічному секторі, що зумовлювалось слабкою розробкою на початкових етапах дії норми про незаконне збагачення ознак, які розмежовують її зі злочином, передбаченим ст. 368 ККУ.

У зв'язку з наведеним та з огляду на наявність у ст. 368-2 ККУ негативної ознаки складу цього злочину («за відсутності ознак, зазначених у статті 368 цього Кодексу») з плином часу була вироблена судова практика щодо встановлення відсутності ознак пасивного підкупу в публічному секторі на користь застосування норми про незаконне збагачення, яка ґрунтувалась на результатах наукових досліджень ознак хабарництва (давання й одержання хабара) та обов'язковому для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності ст. ст. 368 та 368-2 ККУ, і для всіх судів України висновку Верховного Суду України, який був викладений у його постанові від 7 листопада 2013 р. в справі № 5-29кс13 (зазначений висновок також підтверджений у постанові Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. в справі № 5-5кс15).

Правові ситуації, у яких суди видавали перевагу нормі про незаконне збагачення, а не статті, що встановлює відповідальність за підкуп у публічному секторі управління, можна згрупувати залежно від тієї конкретної ознаки, відсутність якої дала змогу застосувати ст. 368-2 ККУ. Так, судами України було визнано, що саме за нормою про незаконне збагачення (ст. 368-2 ККУ), а не за нормою про пасивний підкуп у публічному секторі (ст. 368 ККУ) мають оцінюватись діяння в таких правових ситуаціях:

1) коли надання-одержання неправомірної вигоди зумовлене можливим

чи здійснюваним порушенням інтересів особи та не пов'язане з використанням службового становища, оскільки службова особа не мала можливості вчинити діяння по службі або вчинення такого діяння нормативно не передбачалось, при цьому винний не застосовував обман;

2) коли одержана неправомірною вигодою є подарунком, оскільки вона надавалась уже після здійснення управлінського акту та без попередньої домовленості, тобто попередньо вчинені дії чи бездіяльність службової особи не зумовлювались наданням такої вигоди;

3) коли одержання неправомірної вигоди було здійснене за неправомірне сприяння шляхом надання послуг посередника чи консультанта, що стало можливим у зв'язку з володінням службовою особою знаннями чи інформацією, які вона отримала у зв'язку з виконанням службової діяльності, без виконання дій із використанням службового становища та без здійснення впливу на прийняття рішень особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

4) коли вигода була надана з метою підлабузництва, для встановлення «добрих» стосунків, «на всяк випадок», тобто не за конкретні службові діяння, оскільки дії, які повинна була виконати чи не виконати службова особа, були невизначені (незрозумілі для сторін підкупу в момент вчинення злочину).

При цьому варто звернути увагу на те, що до введення в дію в Україні норми про незаконне збагачення наведені вище правові ситуації кваліфікувались за ст. 368 ККУ (одержання хабара). З активацією норми про незаконне збагачення в Україні відпала необхідність застосовувати до зазначених правових ситуацій ст. 368 ККУ (при цьому таке застосування здійснювалось попри суттєві заперечення, вироблені наукою кримінального права), і в процесі реалізації ст. 368-2 ККУ в співвідношенні зі ст. 368 ККУ було визнано, що за описаних обставин відсутні ознаки одержання хабара (у подальшому, з 18 травня 2013 р., – прийняття пропозиції, обі-





цянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою).

Зазначене викриває існуючу до введення в дію норми про незаконне збагачення аналогію в застосуванні ст. 368 ККУ, оскільки використання ст. 368-2 ККУ до описаних вище ситуацій за залишення норми про пасивний підкуп у публічному секторі (ст. 368 ККУ) без змін означало встановлення того, що ознаки цього злочину відсутні. Такий висновок є важливим також у зв'язку з тим, що особи, які були засуджені за ст. 368 ККУ (одержання хабара) за обставин, що відповідають виявленим у цьому дослідженні й викладеним правовим ситуаціям, мають право на перегляд обвинувальних вироків в апеляційному чи касаційному порядку або Верховним Судом України з підстав, передбачених п. 1 чи п. 3 ч. 1 ст. 445 Кримінального процесуального кодексу України, результатом якого має стати закриття провадження в справі у зв'язку з відсутністю в їхніх діях складу кримінального правопорушення – одержання хабара (п. 2 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України).

За таких обставин виклад ст. 368-2 ККУ в новій редакції згідно із законами України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII і від 12 лютого 2015 р. № 198-VIII та, відповідно, суттєве переформатування ознак складу незаконного збагачення створює ситуацію фактичної декриміналізації з 26 січня 2015 р. виділених вище чотирьох груп суспільно небезпечних діянь. При цьому наведена законодавцем зміна редакції норми про незаконне збагачення, судячи з пояснювальних записок до відповідних законопроектів, не мала на меті виключити кримінальну відповідальність за означені діяння, а така декриміналізація є побічним, не прогнозованим законодавцем ефектом узгодження норми про незаконне збагачення в Україні з моделлю ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. У зв'язку з наведеним особи, засуджені за діяння, караність якого законом усунена (у цьому випадку – за

діяння, які відповідають ознакам однієї з виділених вище чотирьох груп правових ситуацій), підлягають негайному звільненню від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74 ККУ).

Очевидно, що декриміналізація, про яку йдеться, не відповідає природі цього явища як процесу визнання на державному рівні втрати криміналізованим діянням суспільної небезпечності, відсутності необхідності подальшої боротьби з ним за допомогою ККУ та виключення норм, що передбачають відповідальність за його вчинення, із чинного закону про кримінальну відповідальність [62, с. 27]. Така невідповідність пов'язана насамперед із відсутністю саме визнання того, що виділені вище діяння втратили суспільну небезпечність, тому відпала необхідність подальшої боротьби з ними за допомогою ККУ. Привертає увагу також те, що виключення кримінальної відповідальності виділених чотирьох груп діянь не відповідає критеріям декриміналізації, які виділяються в науці кримінального права [45, с. 476–477]. Саме у зв'язку із цим таку декриміналізацію варто назвати фактичною (*de facto*).

При цьому навіть якщо допустити ту незначну, як видається, вірогідність, що суди України у своїй практиці залишать за нормою про незаконне збагачення (у редакціях, що діють із 26 січня 2015 р.) функцію елемента основного рубежу протидії корупції та продовжать її виконання як резервної підстави кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора, усе одно поза кримінально-правовою заборонаю залишаться діяння щодо одержання неправомірної вигоди в розмірі до 1 000 НМДГ службовими особами публічного сектора, якщо такі діяння не будуть містити ознаки інших корупційних злочинів, окрім того, що передбачений ст. 368-2 ККУ. За таких обставин особи, які були засуджені за незаконне збагачення в зазначених вище чотирьох правових ситуаціях, користуючись зворотньою дією в часі закону про кримінальну відповідальність підлягають не-



гайному звільненню від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74 ККУ).

При цьому існування підстав для криміналізації виділених чотирьох груп діянь підтверджується багаторічною практикою їх кримінального переслідування. Крім того, у досліджуваній ситуації мова йде про фактичну декриміналізацію, яка є непрогнозованою й випадковою у зв'язку з безсистемністю дій законодавця, його прорахунками логіко-формального та внутрішньосистемного характеру, що в науці кримінального права визнається як один із шляхів, які можуть приводити до прогалін у кримінальному законі [21, с. 14–15; 64, с. 9].

Саме з урахуванням наведеного за встановленого вище стану кримінального закону без проведення декриміналізації та внаслідок безсистемних дій законодавця з'явилися прогаліни в ньому в частині дії норми про незаконне збагачення, що деформує механізм кримінально-правового впливу на корупційні злочини та руйнує системність цього інституту. За таких умов створюється підґрунтя для ухилення від кримінальної відповідальності за підкуп та інші суспільно небезпечні форми отримання неправомірної вигоди.

У цьому контексті привертає увагу думка Н.А. Савінової, згідно з якою наріжним каменем оцінок ефективності інформації в ККУ як джерела законодавчого регулювання захисту й примусу є не стільки зміст, обсяг і способи подання інформації, що вкладається в диспозицію та санкцію законодавцем, скільки обґрунтованість причин і розуміння цілей такого наповнення, а також наслідків, викликаних кримінально-правовими новелами в суспільстві [43, с. 136]. Описана ситуація, спричинена непродуманим та інтенсивним втручанням законодавця в матерію кримінального закону, демонструє й підтверджує те, що в разі нерозуміння законодавцем наслідків такого втручання постає висока ймовірність виникнення деформацій механізмів кримінально-правової протидії цілим групам

злочинів. Наведене також демонструє важливість урахуванням постулатів теорії кримінальної законотворчості під час внесення змін до ККУ.

На підставі зазначеного можна зробити висновок про необхідність усунення описаної прогаліни в кримінальному законі шляхом конструювання в ККУ статті, яка поряд із нормою про незаконне збагачення (ст. 368-2 ККУ) як елементом виключно завершального рубежу протидії корупції охоплювала б коло суспільно-небезпечних діянь, які не можуть бути кваліфіковані за статтями про інші корупційні злочини, пов'язані з отриманням неправомірної вигоди в розмірі 100 НМДГ та більше, для криміналізації яких існують необхідні підстави. Така стаття має виконувати функцію виключно елемента основного рубежу протидії корупції, передбачати резервну підставу кримінальної відповідальності щодо інших корупційних злочинів публічного сектора та застосовуватись також до виділених вище чотирьох груп правових ситуацій.

З урахуванням функції цієї статті її варто розмістити в Розділі XVII Особливої частини ККУ відразу після статей про корупційні злочини, які належать до основного рубежу протидії корупції в публічному секторі. Її зміст має бути викладений у такій редакції:

«Стаття 369-3. Одержання неправомірної вигоди

1. Одержання службовою особою неправомірної вигоди в значному розмірі за відсутності ознак іншого злочину, окрім незаконного збагачення, – карається <...>.

2. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі, – карається <...>.

3. Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі, – карається <...>.

Примітка. Значним розміром неправомірної вигоди є такий, що перевищує суму в сто неоподаткову-





ваних мінімумів доходів громадян, великим розміром – що перевищує суму в двісті неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, особливо великим розміром – що перевищує суму в п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян».

Формулювання пропонованої статті «за відсутності ознак іншого злочину, окрім незаконного збагачення» покликане спрямувати її застосування виключно щодо діянь, що не містять ознак інших злочинів основного рубежу протидії корупції, а в разі розмежування цієї статті зі статтею про незаконне збагачення, яка є елементом завершального рубежу протидії корупції, перевага має надаватись запропонованій ст. 369-3 ККУ. Останнє положення ґрунтується на принципі, за яким правові інструменти кожного рубежу протидії корупції не можуть застосовуватись в ідеальній сукупності, а норми завершального рубежу включаються щодо конкретної життєвої ситуації лише в тому разі, коли норми попереднього не спрацьовують (не можуть бути застосовані). При цьому в статті про незаконне збагачення варто зазначити, що вона застосовується «за відсутності ознак іншого злочину».

У зв'язку з назвою пропонованого складу злочину «Одержання неправомірної вигоди» назви ст. ст. 368 та 369 ККУ необхідно змінити та привести їх у відповідність до суті цих злочинів, уніфікувавши підхід законодавця щодо назв статей про підкупи (ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4, 369 ККУ), за яким такі назви вказують на те, якого спеціального суб'єкта підкуповують. Так, у ст. 368 ККУ назву варто змінити на «Пасивний підкуп службової особи публічного сектора», а в ст. 369 ККУ – на «Активний підкуп службової особи публічного сектора».

Ключові слова: корупційні злочини, незаконне збагачення, підкуп, декриміналізація, подарунок.

Статтю присвячено вивченню норми про незаконне збагачення як

елемента основного рубежу протидії корупції в Україні. У роботі встановлюється, які групи діянь, що раніше отримували кваліфікацію за ст. 368-2 Кримінального кодексу України, сьогодні фактично декриміналізовані. Описуються наслідки, які це спричинило для механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні. Пропонується рішення, яке усунуло б встановлену правову невизначеність і ризики, а також стабілізувало б групу норм Кримінального кодексу України, що покликані протидіяти корупції.

Статья посвящена изучению нормы о незаконном обогащении как элемента основного рубежа противодействия коррупции в Украине. В работе устанавливается, какие группы деяний, ранее получавших квалификацию по ст. 368-2 Уголовного кодекса Украины, сегодня фактически декриминализованы. Описываются последствия, которые это повлекло для механизма уголовно-правового противодействия коррупционным преступлениям в Украине. Предлагается решение, которое устранило бы установленную правовую неопределенность и риски, а также стабилизировало бы группу норм Уголовного кодекса Украины, которые призваны противодействовать коррупции.

The article is devoted to the study of the rule on illegal enrichment as an element of the main line of counteracting corruption in Ukraine. The work establishes which groups of acts previously qualified under art. 368-2 of the Criminal Code of Ukraine, today they are actually decriminalized. The consequences that this entailed for the mechanism of criminal legal counteraction to corruption crimes in Ukraine are described. A solution is proposed that would eliminate the established legal uncertainty and risks, as well as stabilize the group of norms of the Criminal Code of Ukraine, which are designed to counteract corruption.



Література

1. Авраменко О.В. Незаконне збагачення: проблеми кримінально-правової кваліфікації / О.В. Авраменко, І.Б. Газдайка-Василишин // Протидія корупції: європейський досвід та українські реалії : тези міжнар. наук.-практ. конф. (20–21 квітня 2012 р.). – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – С. 55–57.
2. Вирок Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 28 квітня 2012 р. в справі № 403/58/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24272319>.
3. Вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 3 вересня 2013 р. в справі № 2011/9706/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33248457>.
4. Вирок Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 21 лютого 2014 р. в справі № 442/994/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38243948>.
5. Вирок Кам'янобрідського районного суду м. Луганська від 19 березня 2014 р. в справі № 436/3236/13к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38337178>.
6. Вирок Київського районного суду м. Полтави від 21 березня 2012 р. в справі № 1-574/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33879302>.
7. Вирок Личаківського районного суду м. Львова від 28 жовтня 2013 р. в справі № 1/463/16/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36388398>.
8. Вирок Новозаводського районного суду м. Чернігова від 28 лютого 2013 р. в справі № 2515/13769/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29722873>.
9. Вирок Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 15 липня 2013 р. в справі № 1420/3328/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32578991>.
10. Вирок Першотравневого районного суду Донецької області від 12 квітня 2012 р. в справі № 0539/513/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/22613796>.
11. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 18 червня 2012 р. в справі № 1-755/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24986527>.
12. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 27 травня 2013 р. в справі № 1-166/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31417262>.
13. Вирок Печерського районного суду міста Києва від 27 червня 2013 р. в справі № 1-556/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32105513>.
14. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 3 червня 2013 р. в справі № 1522/14052/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32188543>.
15. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 13 червня 2014 р. в справі № 1522/4476/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39446702>.
16. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 18 грудня 2013 р. в справі № 1/522/753/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36201366>.
17. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 21 серпня 2012 р. в справі № 1915/11311/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/27277376>.
18. Вирок Центрального районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 20 травня 2013 р. в справі № 122/9859/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31312214>.
19. Дудоров О.О. Незаконне збагачення: сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О.О. Дудоров, Т.М. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 3. – С. 28–34.
20. Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Б.В. Здравомыслов. – М. : Юридическая литература, 1975. – 168 с.
21. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / М.А. Кауфман ; Всероссийская гос. налоговая академия Министерства финансов РФ. – М., 2009. – 51 с.
22. Квициния А.К. Взятничество и борьба с ним / А.К. Квициния. – Сухуми : Алашара, 1980. – 183 с.



23. Кириченко В.Ф. *Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву* / В.Ф. Кириченко. – М. : Изд-во АН СССР, 1959. – 184 с.

24. Киричко В.М. *Кримінальна відповідальність за корупцію* / В.М. Киричко. – Х. : Право, 2013. – 424 с.

25. Кирпичников А.И. *Некоторые вопросы борьбы со взяточничеством* / А.И. Кирпичников // *Правоведение*. – 1968. – № 3. – С. 79–85.

26. Коржанский Н.И. *Квалификация следователем должностных преступлений* : [учеб. пособие] / Н.И. Коржанский. – Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1986. – 72 с.

27. Кучерявый Н.П. *Ответственность за взяточничество* / Н.П. Кучерявый. – М. : Госюриздат, 1957. – 187 с.

28. Михайленко Д.Г. *Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара)* : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Д.Г. Михайленко ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2009. – 264 с.

29. Михайленко Д.Г. *Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара)* : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Д.Г. Михайленко ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2009. – 264 с.

30. Михайленко Д.Г. *Місце норми про незаконне збагачення у механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам* / Д.Г. Михайленко // *Молодий вчений*. – 2015. – № 2(17). – С. 807–812. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://molodyucheny.in.ua/files/journal/2015/2/489.pdf>.

31. Михайленко Д.Г. *Розвиток норми про незаконне збагачення в умовах зміни державної антикорупційної політики* / Д.Г. Михайленко // *Новітні тенденції законотворчості у сфері кримінального права* : матер. інтернет-конф. (м. Одеса, 20 квітня 2015 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.onua.edu.ua/downloads/crime_pravo/inter-conf_ugolpravo_20150420.doc.

32. Михайленко Д.Г. *Функції норми про незаконне збагачення в Україні* / Д.Г. Михайленко // *Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції* : зб. матер. III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 3 квітня 2015 р.) / МВС України ; Харківський нац. ун-т внутр. справ ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 125–129.

33. *О судебной практике по делам о взяточничестве (по материалам обзора судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь за 2003 г.)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.court.by/justice_RB/ik/obzor/2003/c4ee042d6fee1918.html.

34. *О судебной практике по делам о взяточничестве* : Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 июня 2003 г. № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.pravo.by/pdf/2003-77/2003-77\(042-050\).pdf](http://www.pravo.by/pdf/2003-77/2003-77(042-050).pdf).

35. *О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе* : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2000 г. № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.supcourt.ru>.

36. *О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях* : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 г. № 24 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.supcourt.ru>.

37. *Порівняльна таблиця до проекту Закону України № 7487 «Про засади запобігання і протидії корупції в Україні» (повторне друге читання; розгляд у Комітеті з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією 5 квітня 2011 р.)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

38. *Постанова Верховного Суду України від 7 листопада 2013 р. в справі № 5-29кс13* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>.

39. *Постанова Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. в справі № 5-5кс15* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>.

40. *Постанова Верховного Суду України від 14 листопада 2013 р. в справі № 5-30кс13* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>.

41. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією* : Закон України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/221-18>.

42. *Про засади запобігання і протидії корупції* : проект Закону України від 17 грудня 2010 р. № 7487 [Електронний ресурс]. – Ре-



жим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=39289.

43. Савінова Н.А. Кримінально-правова комунікація у дискурсі ефективності кримінально-правового регулювання / Н.А. Савінова // Право України. – 2015. – № 9. – С. 136–141.

44. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов. – К. : Наукова думка, 1978. – 303 с.

45. Туляков В.О. Основания теории декриминализации / В.О. Туляков // Сучасний вимір держави та права : зб. наук. праць / за ред. В.І. Терентьева, О.В. Козаченка. – Миколаїв : Іліон, 2008. – С. 476–477.

46. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : [навч.-практ. посібник] / [В.І. Тютюгін, Ю.В. Гродецький, С.В. Гізимчук] ; за ред. В.Я. Тація, В.І. Тютюгіна. – Х. : Право, 2014. – 232 с.

47. Ухала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 липня 2014 р. в справі № 5-1727км14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40581538>.

48. Ухвала Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 30 липня 2013 р. в справі № 122/9859/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32806118>.

49. Ухвала Апеляційного суду Чернігівської області від 25 квітня 2013 р. в справі № 2515/13769/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31003831>.

50. Ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 3 вересня 2013 р. в справі № 127/9537/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33698939>.

51. Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 25 липня 2013 р. в справі № 11/774/1030/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32705632>.

52. Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 28 лютого 2013 р. в справі № 0539/513/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33263838>.

53. Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 4 березня 2014 р. в справі № 1/463/16/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37503522>.

54. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 21 серпня 2012 р. в справі № 11/796/1656/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33885538>.

55. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 2 жовтня 2013 р. в справі № 784/3935/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33890358>.

56. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 5 грудня 2013 р. в справі № 11/796/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35985266>.

57. Ухвала Апеляційного суду Одеської області від 13 серпня 2013 р. в справі № 1522/14052/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33066595>.

58. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 8 квітня 2014 р. в справі № 544/673/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38219369>.

59. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 26 липня 2012 р. в справі № 11/1690/581/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26939149>.

60. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2012 р. в справі № 5-4776к12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27900300>.

61. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 8 травня 2013 р. в справі № 127/9537/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31095212>.

62. Фріс П.Л. Криміналізація і декриміналізація у кримінально-правовій політиці / П.Л. Фріс // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 1. – С. 19–28.

63. Цитряк В.Я. Підкуп у сфері публічної службової діяльності: кримінологічне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В.Я. Цитряк ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2014. – 20 с.

64. Черепенникова Ю.С. Проблемы в особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации и способы их восполнения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Ю.С. Черепенникова ; Московская гос. юрид. академия им. О.Е. Кутафина. – М., 2010. – 26 с.

