

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Киричко Василь Миколайович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: 7data7@ukr.net
ORCID 0000-0003-2442-6842

doi: 10.21564/2414–990x.138.105435
УДК 343.3/.7

ПРОБЛЕМА РОЗМЕЖУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ТА АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАБОРОН ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ Й ПОДАРУНКІВ, ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ

Обґрунтовано, що порушення заборон щодо одержання неправомірної вигоди є корупційним діянням і тягне за собою кримінальну відповідальність, а порушення заборон щодо подарунків є правопорушенням, пов'язаним з корупцією, і тягне за собою адміністративну відповідальність.

Ключові слова: корупція; корупційні злочини; неправомірна вигода; подарунки; кримінальна відповідальність; адміністративна відповідальність.

Киричко В. Н., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: 7data7@ukr.net ; ORCID 0000-0003-2442-6842

Проблема разграничения уголовной и административной ответственности за нарушения запретов получения неправомерной выгоды и подарков, пути ее решения

Обосновывается, что нарушение запретов относительно получения неправомерной выгоды является коррупционным деянием и влечет за собой уголовную ответственность, а нарушение

запретов относительно подарков является правонарушением, связанным с коррупцией, и влечет за собой административную ответственность.

Ключевые слова: корупція; корупційні преступления; неправомірна вигода; подарки; уголовная ответственность; административная ответственность.

Постановка проблеми й актуальність теми. Проблема розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за порушення заборон одержання неправомірної вигоди й подарунків обумовлена існуванням відмінностей у соціальній сутності неправомірної вигоди (раніше – хабара) й подарунка. Ця проблема актуалізувалась у зв'язку з появою наукових робіт і законодавчих змін, які відображають цю відмінність. Остання головним чином визначає необхідність встановлення різної юридичної відповідальності за порушення заборон одержання неправомірної вигоди і подарунків.

Аналіз останніх досліджень. Розглядувана проблема має комплексний характер і тому різні її аспекти відображені в наукових працях про кримінальну відповідальність за корупційні злочини. Зокрема, ці питання досліджували П. П. Андрушко, С. В. Гізімчук, Ю. В. Гродецький, О. О. Дудоров, К. П. Задоя, В. М. Киричко, М. В. Кочеров, Г. С. Крайник, В. М. Куц, М. І. Мельник, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, В. І. Осадчий, А. В. Савченко, Т. І. Слущька, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Ф. В. Шиманський, Н. М. Ярмиш, О. Д. Ярошенко та ін. Разом з тим, слід визнати, що відмінності в соціальній сутності неправомірної вигоди (раніше – хабара) і подарунка залишались тривалий час без належного теоретичного осмислення. Тому ми звернули на це особливу увагу в монографії «Кримінальна відповідальність за корупцію», яка побачила світ 2013 р. У ній всупереч існуючому на той час законодавчому рішенню ми наполягали на необхідності виділення, крім корупційних, також правопорушень, пов'язаних з корупцією, і віднесення до останніх порушення обмежень щодо подарунків. Сьогодні констатуємо, що законодавець урахував ці пропозиції у чинному антикорупційному законодавстві.

Метою цієї статті є розроблення тих теоретичних роз'яснень і практичних рекомендацій, які вбачаються нам необхідними для зміни практики застосування деяких норм (Кримінального кодексу України – далі КК) про корупційні злочини й виділення з них порушення заборон щодо одержання подарунків, за яке повинна наставати не кримінальна, а адміністративна відповідальність. Тобто йдеться про наукове забезпечення практичної реалізації того рішення, яке вже сьогодні впливає із норм чинного антикорупційного законодавства, однак зустрічає на своєму шляху нерозуміння та інші перешкоди.

Виклад основного матеріалу. У цій статті йдеться про те, як законодавче рішення щодо кримінальної відповідальності за одержання хабара, в тому числі подарунка, завдяки теоретичним дослідженням соціальної сутності діянь трансформувалось у кримінальну відповідальність за одержання хабара/неправомірної вигоди й адміністративну відповідальність за порушення заборони одержання подарунків. У цій історії можна виділити три основні етапи:

1) виникнення та осмислення проблеми; 2) вирішальних законодавчих змін; 3) завершення розробки нового концептуального рішення й формування відповідної судової практики. Досі останній етап ще не завершився, тому розраховуємо на те, що наша стаття прискорить цей процес.

На момент прийняття КК України 2001 р. у ньому передбачалось таке саме рішення з розглядуваних питань, як і в КК УРСР 1960 р. Воно полягало в тому, що була встановлена кримінальна відповідальність: у ст. 368 КК – за одержання хабара будь-якою службовою особою, а у ст. 369 КК – за надання хабара. У науці кримінального права і в судовій практиці об'єктивна сторона зазначених злочинів тлумачилась широко. Так, одним із видів хабара визнавався хабар-винагорода, під яким розумівся такий хабар, який давався після вчинення або невчинення службовою особою певних дій в інтересах того, хто дає хабара чи третьої особи, і при цьому хабародавець не домовлявся про це з хабароодержувачем до вчинення чи невчинення таких дій, тобто за відсутності попередньої обумовленості таких дій. У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. № 5 роз'яснено, що одержання хабара може мати місце до чи після вчинення зазначених дій, незалежно від того, був чи не був він обумовлений до їх вчинення. Таке широке тлумачення доповнювалось широким тлумаченням дій, за вчинення або не вчинення яких надавали або одержували хабар, – такі дії могли бути правомірними або неправомірними. Як наслідок, зазначені кримінально-правові норми охоплювали навіть заздалегідь не обумовлене надання службовій особі неправомірної вигоди майнового характеру за вчинення або невчинення нею правомірних дій. Отже, надання службовій особі й одержання останньою подарунків у зв'язку із здійсненням своїх функцій кваліфікувалось як відповідно давання хабара (ст. 369 КК) й одержання хабара (ст. 368 КК) і тягло за собою кримінальну відповідальність. Для подальшого порівняльного аналізу важливо зауважити таке: 1) кримінальній відповідальності за одержання таких подарунків підлягали лише будь-які службові особи; інші особи, в тому числі ті, які надають публічні послуги (таке поняття з'явилося в КК пізніше), не підлягали такій відповідальності; 2) кримінальній відповідальності підлягали також ті особи, які надавали подарунок (хабар); 3) Закон України «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 2005 р. № 356/95-ВР, який діяв на той час, не передбачав спеціальних заборон щодо подарунків, а Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) не передбачав адміністративної відповідальності за порушення таких заборон.

За таких законодавчих умов теоретичне осмислення розглядуваної в цій статті проблеми зводилось до констатації того, що ті випадки хабарництва, які пов'язані із заздалегідь не обумовленим наданням службовій особі подарунка-хабара за вчинення правомірних діянь, відрізняються від інших діянь своїм соціальним характером. У практичному плані, як правило, всі зусилля науковців і практиків у цьому напрямі закінчувались лише визнанням меншого ступеня суспільної небезпечності таких діянь, а не висновком про відсутність у них

супільної небезпечності як такої. Очевидною була недостатність законодавчих аргументів для нового вирішення цієї проблеми.

Початком етапу вирішальних законодавчих змін можна вважати Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 11 червня 2009 р. № 1506-VI, який діяв лише 1, 2, 3 та 4 січня 2011 р. У цьому Законі вперше з'явилося поняття подарунків, яке хоча законодавчо і не визначалось, однак однозначно мало інший зміст, ніж неправомірна вигода. Більше того, у Законі вперше передбачались норми, які регулювали відносини щодо подарунків по-іншому, ніж щодо неправомірної вигоди. На відміну від абсолютної заборони щодо неправомірної вигоди, у ст. 5 Закону визначались два види дій щодо подарунків: 1) неправомірні дії – одержання особою подарунка в зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, за винятком випадків, передбачених цим Законом та іншими законами; 2) правомірні дії – одержання подарунків, які відповідають загально визнаним уявленням про гостинність, за умови, що вартість одного подарунка не перевищує розміру однієї податкової соціальної пільги. Відповідно до цих приписів Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р. № 1508-VI була встановлена адміністративна відповідальність за «одержання особою особистого подарунка (дарунка) на порушення вимог закону» (ст. 212³² КУпАП «Незаконне одержання подарунка (дарунка)»).

Зазначені законодавчі приписи щодо подарунків поширювались на осіб, указаних у пунктах 1–2 ч. 1 ст. 2 Закону, тобто на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, й на осіб, які прирівнюються до них для цілей цього Закону. В аспекті розглядуваної проблеми важливо відмітити те, що ці приписи безпосередньо обумовлювали обмеження змісту статей 368 і 369 КК, оскільки надавали іншу законодавчу оцінку певним видам діянь, які раніше підпадали під дію цих статей КК. Зокрема: 1) вони виводили з-під дії цих статей КК діяння службових осіб юридичних осіб приватного права, оскільки визначали, що на них заборони щодо одержання подарунків не поширюються взагалі, а тому це унеможливило настання для них не лише кримінальної, а й адміністративної відповідальності; 2) відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 2 Закону фізичні особи визнавались суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення лише в разі надання ними неправомірної вигоди, а не подарунка; надання останнього не тягло за собою кримінальної чи адміністративної відповідальності; 3) діянням службових осіб публічного права, які виражались у незаконному одержанні особистих подарунків у зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, надавалась інша законодавча оцінка – як діянням, які тягнуть за собою адміністративну відповідальність. Така сама законодавча оцінка надавалась незаконному одержанню подарунків особами, які надають публічні послуги, оскільки на них також поширювалась ст. 5 Закону про обмеження щодо одержання подарунків.

У Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI, який набрав чинності 1 липня 2011 р., вищезазначені законодавчі положення були не лише збережені, а й конкретизовані. Зокрема, в ньому конкретно розмежовані заборони щодо одержання неправомірної вигоди й обмеження щодо одержання дарунків (пожертв). Перші встановлені в ст. 6 Закону й стосуються осіб, зазначених у пунктах 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону, тобто будь-яких службових осіб та осіб, які надають публічні послуги, а другі – у ст. 8 Закону й стосуються лише осіб, зазначених у п. 1 та підпунктах «а», «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону, тобто службових осіб публічного права та осіб, які надають публічні послуги. Особливої уваги в контексті розглядуваної проблеми заслуговують формулювання обмежень щодо одержання дарунків (пожертв), передбачених у ст. 8 Закону, й законодавча оцінка порушень цих обмежень. Так, у ч. 1 цієї статті встановлена заборона одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб: 1) *за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами та органами;* 2) від підпорядкованої особи. Згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI за порушення цих заборон була встановлена адміністративна відповідальність у ч. 2 ст. 172⁵ КУпАП. Одночасно в ч. 1 останньої статті була передбачена адміністративна відповідальність за одержання дарунків (пожертв) від особи, яка не є підпорядкованою чи близькою особою, одноразово в розмірі, що перевищує 50 відсотків мінімальної заробітної плати, встановленої на день прийняття дарунка (пожертви), або сукупно з одного джерела протягом року в розмірі, що перевищує розмір однієї мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року. Детальний аналіз нами цих положень у 2013 р., викладений у вказаній монографії, давав всі підстави заявити категорично про наявність законодавчих підстав для нового висновку про те, що *з 1 липня 2011 р. порушення заборон щодо одержання дарунків (пожертв) тягне за собою лише адміністративну відповідальність за ст. 172⁵ КУпАП* [1, с. 138-143]. З урахуванням внесення змін до КК згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI, які набрали чинності 1 липня 2011 р., такий висновок щодо відповідальності за одержання дарунків (пожертв) набував значення не лише для статей 368 і 369 КК, в яких після законодавчих змін йдеться про підкуп лише службової особи публічного права, а й для статей 368³ та 368⁴ КК, в яких йдеться про підкуп відповідно службової особи юридичної особи приватного права та осіб, які надають публічні послуги. Причому службова особа юридичної особи приватного права за одержання дарунка (пожертви) від іншої особи не підлягала як кримінальній відповідальності, так і адміністративній відповідальності за ст. 172⁵ КУпАП, оскільки на неї не поширювались обмеження щодо одержання дарунків (пожертв), установлені в ст. 8 Закону.

Разом з тим правильне осмислення значення зазначених нових законодавчих рішень ще не забезпечувало точного розуміння того, які саме діяння, що раніше підпадали під статті 368 і 369 КК, були декриміналізовані. Це пов'язано з тим, що хабар-винагорода в тому розумінні, яке склалось у судовій практиці,

пов'язувався з винагородою за раніше вчинене службовою особою протиправне або правомірне діяння. Наш детальний аналіз дарунків (пожертв), їх соціального характеру та законодавчих приписів щодо них показав, що дарунки (пожертви) мають зв'язок лише з *правомірними* діяннями службових осіб. На це вказує й порівняльний аналіз приписів, передбачених статтями 8 і 6 Закону України від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI, зокрема те, що в ст. 6 Закону йдеться про заборону щодо одержання неправомірної вигоди за *неправомірні* діяння. Отже, з 1 липня 2011 р. фактично були декриміналізовані дії службових осіб, які виражались в одержанні дарунка (пожертви) за *правомірне* діяння в інтересах дарувальника або третьої особи, а також дії самих дарувальників у таких ситуаціях.

Етап завершення розробки нового концептуального рішення щодо відповідальності за одержання подарунків і формування відповідної судової практики, як вбачається, розпочався з прийняттям чинного Закону України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII «Про запобігання корупції». У ст. 23 цього Закону також встановлюються обмеження щодо подарунків для осіб, зазначених у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закону, тобто для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, а також для осіб, які прирівнюються до них для цілей цього Закону (у кримінально-правовій термінології йдеться в основному про службових осіб публічного права та осіб, які надають публічні послуги). Сутність цієї норми полягає в обмеженні прав зазначених осіб щодо одержання подарунків шляхом встановлення заборони одержувати (у перших двох із нижченаведених випадків – також вимагати або просити) подарунки: 1) у зв'язку із здійсненням діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; 2) від підпорядкованої особи; 3) від особи, яка не є підпорядкованою чи близькою, одноразово вартістю більше прожиткового мінімуму для працездатних осіб (у початковій редакції цієї статті – більше однієї мінімальної заробітної плати), а сукупно протягом року від однієї особи чи однієї групи осіб – більше двох прожиткових мінімумів доходів громадян, установлених для працездатної особи на 1 січня року прийняття подарунків. Як і раніше, за порушення такої заборони зазначені особи несуть адміністративну відповідальність за ст. 172⁵ КУпАП.

У чинному Законі України «Про запобігання корупції» з'явилися такі положення, які вказують на завершення розробки нового концептуального рішення щодо відповідальності за одержання подарунків.

По-перше, це проявляється в тому, що поняття подарунків у ст. 1 Закону визначено інакше, ніж поняття неправомірної вигоди. Зокрема, під неправомірною вигодою розуміються «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи не грошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав». Подарунок – це «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової». Отже, поняття подарунків є меншим за обсягом і стосується лише таких дій, як їх надання/одержання, а поняття

неправомірної вигоди стосується обіцянки, пропозиції, надання і одержання такої вигоди.

По-друге, поняття подарунка для антикорупційного законодавства набуло іншого законодавчого визначення, порівняно з визначеннями дарунка і пожертви в Цивільному кодексі України та інших законах України. Це означає, що при конкуренції відповідних норм перевагу мають розглядувані спеціальні приписи антикорупційного законодавства щодо подарунків, які стосуються як його визначення, так і регулювання суспільних відносин щодо них. Ці самі приписи мають вирішальне значення й при кваліфікації корупційних злочинів та адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією.

По-третє, й найбільш важливе – це те, що законодавець чітко сформулював відмінність за соціальним характером порушень законодавчих обмежень щодо одержання подарунків від порушень заборон щодо одержання неправомірної вигоди, на що ми звертали особливу увагу ще в 2013 р. Відповідно до Закону порушення законодавчих обмежень щодо одержання подарунків визнається не корупційним, а лише пов'язаним з корупцією правопорушенням. У ст. 1 того самого Закону правопорушення, пов'язане з корупцією, визначено як діяння, що *не містить ознак корупції*, але порушує встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження. Отже, *належність порушення обмежень щодо подарунків до правопорушень, пов'язаних з корупцією, означає відсутність у ньому ознак корупції, що унеможлиблює віднесення такого порушення до тих, які охоплюються статтями 354, 368², 368³, 368⁴, 369, 369² КК, оскільки в цих статтях КК відповідно до примітки до ст. 45 КК передбачені корупційні злочини, в яких завжди є ознаки корупції*.

Із визначення корупції, наведеного в ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» випливає, що особа, яка пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту, якщо щодо неї не було вимагання, завжди діє з *метою схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей*. Отже, особа прагне в такий спосіб задовольнити свій незаконний інтерес. У таких випадках обидві сторони корупції підлягають кримінальній відповідальності, зокрема за вказаними статтями КК. При наданні подарунка спеціальному суб'єкту ці ознаки корупції відсутні за визначенням. Відсутність ознак корупції означає, що той, хто надає подарунок, діє *не з метою* схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Відсутність такої мети й незаконного інтересу вказує на відсутність суспільної небезпечності в діях обох сторін і підстави для кримінальної відповідальності відповідно до ч. 1 ст. 2 КК.

Наприклад, такими є дії громадських активістів, які надали подарунок державному службовцю за добросовісне виконання ним своїх службових обов'язків, проявлене при вчиненні конкретного правомірного діяння чи протягом певного періоду. Такі дії не містять ознак корупції й не можуть тягти кримінальну відповідальність. За наявності всіх ознак адміністративного правопорушення

адміністративну відповідальність за ст. 172⁵ КУпАП у таких випадках несе лише спеціальний суб'єкт, на якого поширюються обмеження щодо одержання подарунків, передбачені ст. 23 Закону, а той, хто надає подарунок, взагалі не підлягає юридичній відповідальності.

Порушення обмежень щодо одержання подарунків, як діяння, які пов'язані з корупцією, на відміну від корупційних діянь, не заподіюють і не можуть заподіяти *істотної* шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Встановлення адміністративної відповідальності за їх вчинення обумовлено прагненням законодавця у такий спосіб запобігти можливому виникненню конфлікту інтересів. Тобто йдеться про запобігання можливості того, що в особи після одержання подарунка виникне суперечність між особистими інтересами та службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень або вчинення діянь стосовно громадянина, який надав подарунок. Фактично така адміністративна відповідальність ґрунтується відразу на трьох припущеннях: 1) що суперечність інтересів виникне, хоча може й не виникнути; 2) що така суперечність інтересів може вплинути на виконання особою своїх повноважень, однак може й не вплинути; 3) що особа, яка одержує подарунок, у майбутньому буде приймати певне рішення чи вчинювати певне діяння стосовно особи, яка надала подарунок, хоча може й не приймати такого рішення та не вчинювати такого діяння. Такий соціальний характер розглядуваних порушень вказує не лише на відсутність їх суспільної небезпечності, а й на можливість визнання в окремих випадках самих порушень як малозначних в адміністративному сенсі (відповідно до ст. 22 КУпАП).

Викладене вище нове концептуальне рішення має важливе значення в контексті історії кримінального законодавства та науки кримінального права України. Адже, по суті, йдеться про вирішення тієї кримінально-правової проблеми, яка існувала ще в дорадянський і радянський історичні періоди, досліджувалась багатьма науковцями різних поколінь, і тільки зараз зазначені законодавчі зміни утворили законодавчу підставу для остаточного вирішення цієї проблеми. На цьому шляху залишилось розв'язати три завдання: 1) забезпечити правильне тлумачення й застосування зазначених законодавчих приписів у судовій практиці; 2) досягти правильного розуміння сутності вказаних законодавчих змін у середовищі науковців і викладачів кримінального права; 3) відобразити таке нове концептуальне вирішення питання про відповідальність за порушення законодавчих обмежень щодо одержання подарунків безпосередньо у тексті відповідних норм КК.

По-перше, щодо судової практики. Необхідно звернути увагу на зміст п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», який частково не відповідає зазначеному новому законодавчому рішенню щодо подарунків. Зокрема це стосується слів про співвідношення хабара й тих дій, за вчинення або не вчинення яких він надається: «був чи не був він обумовлений до їх вчинення». Замість цих слів пропонуємо вказати на *обов'язкову його обумовленість*. До внесення таких

змін рекомендуємо як правовий орієнтир брати правову позицію, викладену в Ухвалі Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. у справі № 5-5кс15, де, зокрема, виділено для правозастосування такий висновок: «При розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених ч. 2 ст. 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 р. та ст. 368² КК у редакції від 7 квітня 2011 р. із наступними змінами від 18 квітня 2013 р., необхідно виходити з того, що одержання неправомірної вигоди (на відміну від незаконного збагачення) *завжди обумовлено* вчиненням (не вчиненням) службовою особою, яка одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи, в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. При незаконному збагаченні *така обумовленість відсутня*, бо як одержання неправомірної вигоди, так і передача її близьким родичам не пов'язані зі схваленням службової особи до вчинення (не вчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб» [2, с. 89].

Отже, фактично в цьому рішенні правильно зафіксована обов'язковість для ст. 368 КК ознаки *обумовленості*, а це означає, що ця ознака набуває обов'язкового значення й для кваліфікації за ст. 369 КК дій особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду службовій особі. Більше того, цю ознаку слід визнавати обов'язковою й для статей про: підкуп службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368³ КК), підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368⁴ КК), зловживання впливом (ст. 369² КК), підкуп працівника підприємства, установи, організації (ст. 354 КК). Усі ці статті є однорідними за юридичним змістом, а злочини відповідно до примітки до ст. 45 КК завжди визнаються корупційними.

Що ж стосується ознаки *відсутності обумовленості*, то вона є *обов'язковою як для незаконного збагачення (ст. 368² КК), так і для незаконного одержання подарунків (ст. 172⁵ КУпАП)*. При цьому необхідно також враховувати, що в зазначеній Ухвалі від 9 квітня 2015 р. подарунки наділяються ознакою відсутності обумовленості як «один із видів» незаконного збагачення, що певною мірою відображає проблематичність на той час вирішення питання про співвідношення незаконного збагачення з порушенням обмежень щодо подарунків. Тому при вирішенні цього питання слід брати до уваги, що з набранням чинності Законом України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. подарунки по-іншому, ніж неправомірна вигода, визначені Законом, отримали спеціальне регулювання, а порушення обмеження щодо них стало визнаватися правопорушенням, пов'язаним з корупцією, за яке настає адміністративна відповідальність за ст. 172⁵ КУпАП. Подарунки не можуть розглядатися як один із видів незаконного збагачення, оскільки останнє є корупційним злочином, для якого обов'язкові ознаки корупції, а для подарунків відповідно до їх правового статусу правопорушення, пов'язаного з корупцією, обов'язковою є відсутність ознак корупції.

По-друге, щодо правильного розуміння зазначених положень науковцями й викладачами кримінального права. Нове законодавче рішення щодо подарунків ще не знайшло свого повного і адекватного відображення у правничій літературі. Наприклад, характерною є вказівка на те, що за ст. 368 КК кваліфікується одержання неправомірної вигоди незалежно від того, була чи не була вона обумовлена до вчинення службовою особою відповідного діяння, а стосовно ст. 368² КК – на обов'язкову відсутність зазначеної обумовленості [3, с. 120, 128]. Тобто ознаці обумовленості надається факультативний характер за ст. 368 КК й обов'язковий характер за ст. 368² КК. Як вбачається, виходячи з вищевикладеного нами, правильним є твердження про те, що *обов'язковою* ознакою є: *за ст. 368 КК – наявність обумовленості, а за ст. 368² КК і для порушення законодавчих обмежень щодо одержання подарунків (ст. 172⁵ КУпАП) – відсутність обумовленості.*

Крім того, непоодинокими є спроби науковців заперечити існування нового законодавчого рішення всупереч очевидному факту існування останнього. Зокрема деякі науковці стверджують і намагаються довести те, що подарунок, який особа одержує у зв'язку із здійсненням нею діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, слід кваліфікувати як одержання неправомірної вигоди за відповідними статтями КК [4, с. 45, 365–366; 5, с. 48–53; 6, с. 65–66; 7, с. 32–37]. Аналіз змісту цих публікацій показав, що всі вони, на нашу думку, мають однакову ваду – не враховують при вирішенні розглядуваної проблеми категорію суспільної небезпечності як базову категорію кримінального права, яка спрямовує зусилля науковця на з'ясування антисоціального характеру вчинюваного особою діяння та його реальних чи потенційних наслідків. У Законі України «Про запобігання корупції» *поняття «подарунок» пов'язане виключно з тими діяннями, які пов'язані з корупцією й відповідно до ст. 1 Закону не містять в собі ознак корупції.* Якщо погодитись із зазначеною пропозицією науковців і кваліфікувати такі діяння за статтями 368 або 368⁴ КК, то це буде прямо суперечити приписам зазначеного Закону, а також призводитиме на практиці до визнання корупційним такого діяння, яке фактично не містить в собі ознак корупції й не є суспільно небезпечним діянням. Отже, така пропозиція є неправомірною та суперечить приписам ч. 1 ст. 2 КК, відповідно до якої підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

Як вбачається, окремих критичних зауважень потребують аргументи, наведені науковцями з метою обґрунтувати можливість визнання подарунків неправомірною вигодою. Зокрема, деякі науковці поділяють подарунки на «заборонені» й «обмежені» та виходячи з того, що у ст. 172⁵ КУпАП буквально йдеться про «порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків», поширюють дію цієї статті лише на випадки порушення вимог щодо «обмежених подарунків» (про які йдеться в ч. 2 ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції»). Гадаємо, таке тлумачення є помилковим, оскільки

воно не враховує соціальної сутності зазначених у ст. 23 Закону приписів, яка полягає в *обмеженні прав* осіб, зазначених у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закону, щодо одержання ними подарунків. Способом такого обмеження є заборона, два види якої сформульовані в ч. 1 ст. 23 Закону, а третій вид – у ч. 2 цієї статті. Тому й відповідальність за ст. 172-5 КУпАП настає в разі порушення особою будь-якої з цих заборон (хоча б одного виду). Зазначена соціальна сутність приписів ст. 23 Закону відображена в назві цієї статті з використанням слова «обмеження», яке стосується подарунків, а за своєю сутністю – прав зазначених осіб. Підтвердженням такого тлумачення цієї статті Закону є й ст. 22, в назві якої йдеться про «обмеження» щодо використання службових повноважень чи свого становища, а в ч. 1 – тільки про заборони. Крім того, в науковій літературі висловлено й такий аргумент, що «пункт 1 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції» суперечить кримінальному закону» [5, с. 53]. При цьому, власне, пропонується виходити з того, що статті 368, 368³, 368⁴, 369 КК мають таке формулювання, яке дозволяє охопити подарунки, й тому це повинно мати вирішальне значення при кваліфікації діянь. Як вбачається, таке рішення є ігноруванням нових законодавчих змін в антикорупційному законодавстві, що недопустимо. Перш за все недопустимо визнання можливої трансформації подарунка у неправомірну вигоду. У Законі України «Про запобігання корупції» такої трансформації не передбачено, тому що суспільні відносини врегульовані Законом таким чином, що певний предмет може бути неправомірною вигодою або подарунком, а деякі види вигоди можуть бути лише неправомірною вигодою (це впливає з відмінностей у визначенні цих понять). Так, у назві та змісті ст. 24 Закону буквально йдеться про запобігання одержанню неправомірної вигоди *або* подарунка та поводження з ними, що юридично унеможливує визнання подарунків одним із видів неправомірної вигоди. Далі, особливо важливе те, що норми Закону України «Про запобігання корупції», які встановлюють обмеження щодо подарунків, слід сприймати і оцінювати не в формально-юридичному, а в правовому вимірі – як такі, що регулюють права громадян: 1) права осіб, зазначених у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 Закону, вони обмежують шляхом встановлення заборон: а) щодо вимагання, прохання й одержання подарунків (ч. 1 ст. 23 Закону); б) щодо одержання подарунків (ч. 2 ст. 23 Закону); 2) права щодо подарунків інших осіб, на які поширюється дія цього Закону (зазначених у п. 3 ч. 1 ст. 3 Закону), не обмежуються. Тому службові особи юридичних осіб приватного права та особи, які не є службовими чи особами, які надають публічні послуги, відповідно до цього Закону мають право на одержання подарунків, що унеможливує їх кримінальну чи адміністративну відповідальність за це.

По-третє, щодо необхідності внесення змін до КК. Як вбачається, необхідними є такі зміни, які закріпили б вищезазначене розуміння співвідношення неправомірної вигоди й подарунків та нове законодавче рішення питання про розмежування кримінальної й адміністративної відповідальності за порушення заборон щодо їх одержання безпосередньо в тексті відповідних статей

КК. Сутність пропонувананих нами змін полягає в тому, що *обов'язковість ознаки обумовленості* для складів злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК, яка зараз встановлюється шляхом складного тлумачення змісту цих норм, необхідно буквально відобразити в тесті цих статей КК. З огляду на викладене, пропонуємо внести такі зміни до КК:

1) диспозицію **ч. 1 ст. 368 КК** викласти у такій редакції: «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за **обумовлене наданням неправомірної вигоди** вчинення чи невчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища»;

2) диспозицію **ч. 1 ст. 369 КК** викласти в такій редакції: «Пропозиція чи обіцянка службовій особі надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за **обумовлене наданням неправомірної вигоди** вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища»;

3) внести зміни до **ч. ч. 1 і 3 ст. 354, ч. ч. 1 і 3 ст. 368³, ч. ч. 1 і 3 ст. 368⁴, ч. 2 ст. 369² КК**, аналогічні вищезазначеним змінам.

Нове законодавче регулювання суспільних відносин щодо подарунків, а також відмежування порушення законодавчих вимог щодо подарунків від корупційних злочинів за соціальним характером діянь є правильним рішенням законодавця. Воно повністю відповідає розумінню цих питань у Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією. Так, у п. 43 Пояснювальної записки до цієї Конвенції зазначено про те, що «одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею карним злочином відповідно до Конвенції не є». Разом з тим, у контексті цих приписів важливо пам'ятати про те, що в КК залишається кримінальна відповідальність за таке «одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею», яке пов'язано із вчиненням нею раніше протиправного діяння. Воно кваліфікується як незаконне збагачення за ст. 368² КК. До КК ця стаття включена при імплементації приписів Конвенції ООН проти корупції 2003 р., а у Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією 1999 р., якої стосується ця Пояснювальна записка, така норма взагалі відсутня.

Із вищевикладеного можна зробити такі **загальні висновки** щодо вирішення проблеми розмежування кримінальної й адміністративної відповідальності за порушення заборон одержання неправомірної вигоди й подарунків: 1) ключовим критерієм для вирішення цієї проблеми виступає категорія суспільної небезпечності, яка дозволила встановити відмінність за соціальною сутністю неправомірної вигоди (раніше – хабара) й подарунка, що обумовило зазначені зміни в антикорупційному законодавстві та КК; 2) нову законодавчу

оцінку отримали ті діяння, які раніше називались у теорії кримінального права одержанням неправомірної вигоди (ще раніше – хабара) – як винагороди за *не обумовлене наданням неправомірної вигоди* вчинення або не вчинення певних дій в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду чи в інтересах третьої особи: а) одержання неправомірної вигоди за раніше вчинене протиправне діяння кваліфікується як незаконне збагачення за ст. 368² КК; б) одержання подарунка за раніше вчинене правомірне діяння – як адміністративне правопорушення за ст. 172⁵ КУпАП «Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків»; 3) поняття «подарунок» законодавчо визначено по-іншому, ніж поняття «неправомірна вигода», і розмежовані сфери використання цих понять: а) поняття «неправомірна вигода» – для характеристики корупційних діянь; б) поняття «подарунок» – для характеристики правопорушень, пов'язаних з корупцією; 4) поняття «подарунок» не може використовуватись при юридичній кваліфікації корупційних злочинів, у тому числі передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК, оскільки воно саме по собі вказує на відсутність ознак корупції; 5) порушення встановлених у ст. 23 Закону України «Про запобігання корупції» обмежень у вигляді заборон щодо одержання подарунків за жодних умов не можна кваліфікувати як одержання неправомірної вигоди за статтями КК, оскільки воно є правопорушенням, пов'язаним з корупцією, яке відповідно до ст. 1 Закону не містить ознак корупції й не є суспільно небезпечним діянням; 6) порушення законодавчих заборон одержання неправомірної вигоди (зокрема, пропозиція, обіцянка, надання, прийняття пропозиції, прийняття обіцянки, прохання, одержання, вимагання) тягне за собою кримінальну відповідальність за відповідною статтею КК про корупційний злочин, а порушення законодавчих обмежень (заборон) щодо подарунків тягне за собою не кримінальну, а адміністративну відповідальність за ст. 172⁵ КУпАП.

Список літератури:

1. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. 424 с.
2. Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 квітня 2015 р. у справі № 5-5кс15. *Рішення Верховного Суду України*. 2015. Вип. 2 (31). С. 86–91.
3. Савченко А. В. Корупційні злочини (кримінально-правова характеристика): навч. посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 168 с.
4. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. 496 с.
5. Ярмиш Н. Про співвідношення одержання неправомірної вигоди з одержанням забороненого подарунка. *Вісник прокуратури*. 2016. № 6. С. 48–54.
6. Мозгова В., Ольшанецький І. Порушення антикорупційних обмежень щодо одержання подарунків: питання кваліфікації. *Вісник прокуратури*. 2016. № 11. С. 64–68.
7. Гладун О., Годуєва К. Запобігання корупції шляхом встановлення обмежень щодо одержання подарунків. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 1 (47). С. 32–38.

References:

1. Kyrychko, V.M. (2013). *Kryminalna vidpovidalnist za koruptsiu*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

2. Ukhvala Sudovoi palaty u kryminalnykh spravakh Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 9 kvitnia 2015 r. u spravi № 5-5ks15. (2015). *Rishennia Verkhovnoho Sudu Ukrainy – The decision of the Supreme Court of Ukraine*, issue 2 (31), 86–91 [in Ukrainian].

3. Savchenko, A.V. (2016). Koruptsiini zlochyny (kryminalno-pravova kharakterystyka): navch. posibnyk. Kyiv: Tsentр uchbovoi literatury [in Ukrainian].

4. Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva. M.I. Khavroniuk (Eds.). (2016). Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].

5. Yarmysh, N. (2016). Pro spivvidnoshennia oderzhannia nepravomirnoi vyhody z oderzhanniam zaboronenoho podarunka. *Visnyk prokuratury – Bulletin of the Prosecutor's Office*, 6, 48–54 [in Ukrainian].

6. Mozghova, V., Olshanetskyi, I. (2016). Porushennia antykoruptsiinykh obmezhen shchodo oderzhannia podarunkiv: pytannia kvalifikatsii. *Visnyk prokuratury – Bulletin of the Prosecutor's Office*, 11, 64–68 [in Ukrainian].

7. Hladun, O., Hoduieva, K. (2017). Zapobihannia koruptsii shliakhom vstanovlennia obmezhen shchodo oderzhannia podarunkiv. *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy – Bulletin of the National Academy of Public Prosecutor of Ukraine*, 1 (47), 32–38 [in Ukrainian].

Kirichko V. N., PhD in Law, Associate Professor of Criminal Law Department № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: 7data7@ukr.net ; ORCID 0000-0003-2442-6842

The problem of delineation of criminal and administrative liability for violation of prohibitions on obtaining undue advantage and gifts and its solution

The article deals with changes in the anti-corruption legislation of Ukraine regarding gifts. In particular, gifts are legally defined in a different way than undue advantage. Gifts characterize acts related to corruption and in which there are no signs of corruption. The notion of undue advantage characterizes corrupt acts.

The author of the article proves that a public official receives a gift as a token of gratitude after the correct execution of his official functions or without connection with the performance of his official functions. Violation of prohibitions on receipt of gifts entails administrative responsibility under Art. 172-5 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses. Violation of legislative prohibitions on solicitation or acceptance of an undue advantage entails criminal liability under articles of the Criminal Code of Ukraine.

The article presents scientific explanations and practical recommendations for making a new decision on liability for violation of legislative prohibitions on receiving gifts. Proposals for amendments to articles 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 of the Criminal Code of Ukraine have been developed. It is expected that they will indicate that when committing the corruption offenses provided for in these articles, a person requires an undue advantage or agrees to receive an undue advantage in exchange for actions related to his official powers. Such a requirement or consent always precedes the actions associated with its official powers.

Keywords: corruption; corruption crimes; undue advantage; gifts; criminal responsibility; administrative responsibility.

Надійшла до редколегії 27.06.2017 р.