

Комарницька М.О.

*Аспірант кафедри кримінального права і кримінології
Львівського державного університету внутрішніх справ*

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ОКРЕМИХ ЗЛОЧИНІВ, ПРЕДМЕТОМ ЯКИХ Є НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА

Постановка проблеми. Законодавчі зміни щодо регламентації відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди засвідчують важливість визначення ефективного інструментарію протидії такому небезпечному, і, нажаль, розповсюдженому явищу, як корупція. Попри численні законодавчі ініціативи у цьому напрямку судова та правоохоронна практика надалі засвідчує про наявність низки проблем, пов'язаних як з законодавчим визначенням окремих ознак складів цих злочинів, так і не завжди вірним тлумаченням провозастосувачами тих чи інших понять. Слід зазначити, що законодавець передбачив відповідальність за такі діяння в багатьох складах, що певним чином диференціювало відповідальність за них, з іншого, як видається, надто розширило межі кримінально-правового впливу. Так, об'єктивна сторона злочину, пов'язаного з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди передбачена у різних статтях ККУ, зокрема, у ст. 160 «Підкуп виборця, учасника референдуму», ст. 354 «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації», ст. 368 «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», ст. 368-3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», ст. 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», ст. 369-2. «Зловживання впливом», ст. 370 «Провокація підкупу», проте дискусійним видається криміналізація підкупу виборця, встановлення відповідальності за прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди тощо.

Окрім того, вказані статті або їх частини хоча і передбачають відповідальність за прийняття пропозиції або обіцянки, а також одержання неправомірної вигоди, але відрізняються один від одного за об'єктом посягання, суб'єктом, об'єктивною чи суб'єктивною стороною.

Аналіз вказаних статей КК України засвідчує різноманіття ознак складів злочинів, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або

одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України, що тягне за собою певні складнощі під час кваліфікації цих злочинів і створює місце для наукового пошуку. У цьому аспекті досить показовими є й статистичні дані, які одержанні науковцями при здійсненні ряду ґрунтовних наукових досліджень [2, с. 23-24; 3].

Ступінь розробленості проблеми. Попри відсутність комплексного дослідження проблем кваліфікації злочинів, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, окремі аспекти цієї проблематики у своїх працях розглядали: П. П. Андрушко, О.Ф.Бантишев, В. В. Березнер, О. Ю. Бусол, О. М. Грудзур, О. О. Дудоров, М. Б. Желік, З. А. Загинеї, К. П. Задоя, В. В. Калитаєв, С.М.Клімова, Я.В. Ризак, Л. І. Скрекля, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, О.Д. Ярошенко та інші. Водночас зважаючи на вагомість досліджень названих вчених, окремі аспекти кваліфікації злочинів, пов'язаних із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України залишилися дискусійними і потребують подальшого теоретичного розроблення.

Метою статті є визначення основних проблемних аспектів, які виникають у процесі кваліфікації діянь, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди та обґрунтування власної позиції щодо можливих способів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи склади злочинів, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди зверталась увага на цілу низку статей, які передбачають відповідальність за вчинення таких діянь. Водночас, навіть в рамках одного складу злочину, наприклад, передбаченого ст. 368 ККУ «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», може йти мова про «можливість визнання його малозначним діянням; відмежування цього злочину від зловживання впливом як самостійного корупційного делікту; кваліфікацію одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища об'єктивно вчинити неспроможна; співвідношення одержання службовою тощо» [4, с. 80-81]. Погоджуючись із наведеним положенням, хотілось би додати, що таке різноманіття складів злочинів викликає труднощі у правозастосовній практиці, зокрема, проблеми із кваліфікацією суміжних складів злочинів.

У цьому аспекті перш за все слід згадати Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією [5]. У 2006 р. Україна ратифікувала названу Конвенцію, взявши на себе зобов'язання з її виконання. Так, «кожна Сто-

рона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне обіцяння, пропонування чи надання будь-якою особою прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги будь-яким посадовим особам, для них особисто чи для інших осіб, з метою заохочення їх до виконання чи невиконання своїх службових обов'язків» (ст. 2); «кожна сторона вживатиме таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за умисне вчинення вимагання чи одержання будь-якими посадовими особами прямо чи опосередковано будь-якої неправомірної переваги, для них особисто чи для інших осіб, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги з метою виконання чи невиконання ними своїх службових обов'язків» (ст. 3). Впроваджуючи цитовані норми у національні законодавчі норми, було прийнято ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», а також внесено численні зміни до ККУ. Цими змінами фактично було вилучено термін «хабар» і змінено його на «неправомірну вигоду» [6].

Відповідно правильне тлумачення окремих положень подекуди залежить від вірного тлумачення положень міжнародно-правових актів, які ратифіковані Верховною Радою України, і є своєрідними орієнтирами для правозастосовної практики.

Правильна кваліфікація залежить від багатьох аспектів, кожен з яких заслуговує окремого ґрунтовного дослідження. Значення цього питання, важливість правильної кваліфікації полягає у тому, що особі, яка застосовує кримінальний закон (спочатку це органи досудового розслідування, прокуратура, а потім суд) необхідно обрати саме ту норму, яка буде відповідати фактичним та юридичним ознакам певного складу злочину. Фактично мова йде про те, що правильна кваліфікація кримінального діяння «сприяє реалізації на практиці принципів кримінально-правової політики (соціальна справедливість, економія репресії, диференціація та індивідуалізація відповідальності та покарання) та визначає весь подальший процес застосування кримінально правової норми, тобто кримінально правову політику на рівні застосування КК України при розгляді і кримінального провадження по суті судом першої інстанції, в апеляційному суді, при виконанні вироку тощо» [7, с. 34]. Водночас ситуація ускладнюється тим, що у законодавстві відсутні правила кваліфікації, що

обтяжує цей процес та тягне за собою появу кваліфікаційних помилок. Вчені навіть класифікують такі кваліфікаційні помилки на групи: Так, Кузнецова Н. Ф. класифікує їх на три групи: 1) неправильний вибір норми КК України для кваліфікації злочину; 2) невизнання наявності складу злочину в діяннях, де він є; 3) встановлення складу злочину в діяннях, коли він відсутній [8, с. 21]. Але одразу хотілось би зауважити, що таких помилок та інших проблемних питань із кваліфікацією набагато більше.

Натомість інші дослідники, здійснюючи дослідження особливостей кваліфікації злочинів, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України, на підставі узагальнення правозастосовної практики дійшли висновку, що у практичній діяльності під час застосування досліджуваних кримінально-правових норм трапляються такі помилки як «пропуск» статей КК України (неповна кримінально правова кваліфікація (3,2 %); невизнання наявності складу злочину в діяннях, де він є (3,2 %); неправильний вибір норми КК України для кваліфікації злочину (6,4 %); кваліфікація «із запасом» (9,6%) [9, с.143].

Слід звернути увагу на окремих проблемних аспектах кваліфікації діяння, передбаченого ст. 368 ККУ «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою». Такий вибір області дослідження пов'язаний перш за все з актуальністю цього питання, про що свідчать численні судові рішення, в яких йдеться про проблеми кваліфікації за ст. 368 ККУ, а також наведені раніше статистичні дані. Також варто зауважити, що в рамках наукової статті неможливо окреслити всі проблемні питання кваліфікації злочинів, пов'язаних із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України. Тому пропонуємо зупинитися на наступних аспектах обраної теми дослідження: суб'єкт злочину, передбаченого ст. 368 ККУ; відмежування складу злочину «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» від інших складів злочинів.

Що стосується суб'єкта злочину, передбаченого ст. 368 ККУ, необхідно звернути увагу, що суб'єктом цього злочину є виключно службові особи. Законодавець надає визначення терміну «службові особи» у примітці до ст. 364 ККУ. Однак, недивлячись на існування законодавчих дефініцій, на практиці досить часто видається складним питання віднесення особи до групи службових. Це питання потягло за собою прийняття низки нормативних актів, судових рішень роз'яснень та наукових коментарів [10, 11, 12]. Також слід зауважити той факт, що суб'єктами злочину, передба-

ченого ст. 368 ККУ є службові особи, які займають відповідальне становище і службові особи, які займають особливо відповідальне становище. Дефініції цих понять наведені у примітках до ст. 368 ККУ. Як влучно вказують науковці, такі кваліфікуючі ознаки як відповідальне і особливо відповідальне становище будуть мати місце не тоді, коли службова особа, яка займає таке становище, просто отримає неправомірну вигоду, а в тому випадку, коли вона отримає винагороду за виконання чи невиконання саме тих функцій, які визначають її як таку, що займає відповідальне і особливо відповідальне становище [13, с. 233]. Повністю погоджуючись із наведеним вище, можна продовжити вказану тезу і запропонувати висновок, що аналогічні твердження будуть вірними і для визначення терміну «службова особа». Так, службова особа буде суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 ККУ коли вона отримає винагороду за виконання чи невиконання саме тих функцій, які визначають її як таку, що займає своє службове становище. Також варто додати, що певні складнощі викликає сама дефініція терміну «службова особа». Зовсім інакше законодавець підійшов до визначення особи, що займає відповідальне і особливо відповідальне становище: шляхом конкретного перерахування у законодавчій нормі посад, які відносяться до цієї групи. Вважаємо, що такий підхід є більш конкретизованим і позбавляє від помилок під час кваліфікації. Але також зрозумілим видається той факт, що в рамках статей кодексу неможливо перерахувати всі посади, які обіймаються службовими особами.

Щодо відмежування складу злочину «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою» від інших складів злочинів, варто звернути увагу на те, що цей аспект набуває особливого значення в умовах існування суперечливої правозастосовної практики. Так, «вироком Ковпаківського районного суду м. Суми від 22 липня 2014 р. ОСОБА_19 засуджено за частиною четвертою статті 368 КК. Апеляційний суд Сумської області ухвалою від 27 жовтня 2014 р. вирок щодо ОСОБА_19 змінив, перекваліфікував дії ОСОБА_19 з ч. 4 ст. 368 КК на ч. 2 ст. 368 КК в редакції від 18 квітня 2013 р. та призначив йому за цим Законом покарання ... У заяві про перегляд судового рішення Верховним Судом України захисник ОСОБА_18 порушує питання про скасування ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 січня 2015 р. з підстав неоднакового застосування норми закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень. На думку захисника, суд касаційної інстанції помилково

погодився із кваліфікацією дій ОСОБА_19 за ч. 2 ст. 368 КК (у редакції від 18 квітня 2013 р.), оскільки дії засудженого формально підпадають під ознаки складу злочину, передбаченого частиною першою статті 368-2 КК (у редакції від 7 квітня 2011 року із наступними змінами від 18 квітня 2013 р.). Захисник стверджує, що в діях ОСОБА_19 відсутній склад кримінального правопорушення, передбаченого частиною другою статті 368 КК, а тому кримінальне провадження щодо нього підлягає закриттю. Як на приклад неоднакового правозастосування захисник посилається на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 18 лютого 2014 р., в якій суд касаційної інстанції за подібних обставин погодився з кваліфікацією дій осіб за ч. 1 ст. 368-2 КК. Водночас захисником заперечується наявність в діях ОСОБА_19 і цього складу кримінального правопорушення». Проте захиснику було відмовлено у задоволенні його заяви і суд надав свій висновок: «при розмежуванні норм закону України про кримінальну відповідальність, передбачених ч. 2 ст. 368 КК у редакції від 18 квітня 2013 р. та ст. 368-2 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 (невчиненням) 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 схиленням службової особи до вчинення (невчинення) нею дій з використанням службових повноважень на користь того, хто надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб» [14].

Згадане судове рішення яскраво ілюструє проблемні питання кваліфікації діянь, передбачених ч. 2 ст. 368 ККУ та ст. 368-2 ККУ, які існують на практиці. Фактично мова йде про відмежування суміжних складів злочинів і особливості суб'єкта такого злочину як «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою». На підставі викладеного вище необхідно зробити висновок, що склад злочину можливо кваліфікувати за ст. 368 ККУ виключно у тих випадках, коли службова особа отримує неправомірну вигоду за виконання чи невиконання саме функцій, які покладені на неї як на службову особу, яка займає відповідальне становище або службову особу, яка займає особливо відповідальне становище.

В інших судових рішеннях судді пропонують звернути увагу на питання об'єктивної сторони злочину, що досліджується. Так, Солом'янський районний суд м. Києва зазначив, що «норми закону не пов'язують (не ставлять у залежність) одержання неправомірної вигоди від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання якихось певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб» [15]. Фактично суд надає роз'яснення, які відсутні у законодавчих нормах і допоможуть правникам здійснити правильну кваліфікацію злочинного діяння, яке полягає у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди.

Висновки. Очевидно, що визначення основних проблем, пов'язаних із кваліфікацією аналізованих у статті діянь потребує ґрунтовного та комплексного дослідження усіх аспектів. Вказане вище наразі засвідчує найбільш очевидні проблемні питаннями кваліфікації злочинів, пов'язаних з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди.

Окремі із зазначених проблем потребують теоретичного обґрунтування, натомість інші вимагають внесення відповідного законодавчого коригування.

Проведене дослідження засвідчило відсутність вагомих аргументів доцільності криміналізації прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди, що досить показово доводить і аналіз судової практики.

Відсутність встановлених законодавчих меж між кримінально-караним і малозначним діянням, пов'язаним із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди вказує на надзвичайно важливу потребу у визначенні мінімального розміру неправомірної вигоди безпосередньо у положеннях КК України, з урахуванням того, що така практика уже мала місце в кримінальному законодавстві України.

Усе вказане свідчить про потребу у подальших комплексних дослідженнях проблем регламентації кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди.

1. *Кримінальний кодекс України. Офіційний вісник України. 2001. № 21. Стор. 1. Ст. 920.*
2. *Желік М.Б. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: кримінально правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.08 / Національний університет «Львівська політехніка». Львів. 2018. 258 с.*

3. Статистична інформація про зареєстровані кримінальні правопорушення за результатами їх досудового розслідування за 2014-2016 р.р. URL: <http://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>
4. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого ст. 368 Кримінального кодексу України. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2016. № 1. С. 80-98.
5. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією. Відомості Верховної Ради України. 2007 р. № 47 / 47-48. Стор. 2028.
6. 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 18.04.2013. Голос України. 2013. № 90.
7. Фріс П. Л. Реалізація кримінально правової політики в діяльності органів внутрішніх справ. Наука і правоохорона. 2008. № 1. С. 31-36.
8. Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч. ред. и предисл. академика В. Н. Кудрявцева. М.: Издательский Дом «Городец», 2007. 336 с.
9. Желік М. Б. Питання кваліфікації злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди. Верховенство права. Республіка Молдова. 2017. № 4. С. 142–146.
10. Щодо надання офіційних роз'яснень законодавства: Лист Міністерства юстиції України. Бізнес: законодавство та практика. 2007 р. № 7. Стор. 24.
11. Андрушко П. Службова особа як спеціальний суб'єкт злочину. Юридичний Вісник України. 2011. № 24. С.23-26.
12. Кравчук В. Посадові особи юридичних осіб. Корпоративне право. 2006. № 2 (10). С.13-15.
13. Мезенцева І.Є. Деякі питання правозастосовчої практики щодо кваліфікації злочинів, які становлять корупційну злочинність. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 4. С. 232-235.
14. Ухвала Верховного Суду України від 9 квітні 2015 р., судова справа № 5-5к15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43832133> (дата звернення: 10.09.2019).
15. Ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 14 лютого 2019 р., судова справа № 760/4089/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80045566> (дата звернення: 10.09.2019).

Комарницька М.О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації окремих злочинів, предметом яких є неправомірна вигода

Здійснюється аналіз основних проблем, пов'язаних із кримінально-правовою кваліфікацією прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за кримінальним правом України. Досліджено основні проблеми кваліфікації діянь, пов'язаних із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди як в доктрині кримінального права України, так і практиці застосування положень аналізованих статей в правоохоронній та судовій сферах. Встановлено, що проблемними питаннями кваліфікації цих суспільно небезпечних діянь були та залишаються наступні аспекти: встановлення змісту ознак, що характеризують суб'єкта складів цих правопорушень, а саме «службову особу», оскільки попри нормативне визначення цього поняття, а також належний рівень його теоретичного опрацювання окремі аспекти залишаються малодослідженими і надалі викликають чималі труднощі в процесі правозастосування; відмежування складу прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від інших складів, предметом яких виступає неправомірна вигода, а також інших складів злочинів; відсутність законодавчого визначення мінімального розміру неправомірної вигоди, що аж ніяк не спрє належній можливості відмежування суспільно небезпечного діяння від малозначного. Вирішення вказаних та інших проблем здійснено крізь призму аналізу судової практики, а також напрацювань кримінально-правової доктрини в межах предмета цього дослідження.

Проведений аналіз дав змогу обґрунтувати, що: по-перше, службова особа може бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 ККУ коли вона отримує винагороду за виконання чи невиконання саме тих функцій, які визначають її як таку, що займає своє службове становище; по-друге, кваліфікуючі ознаки будуть мати місце тоді, коли службова особа, яка займає таке становище отримує винагороду за виконання чи невиконання саме тих функцій, які визначають її як таку, що займає відповідальне і особливо відповідальне становище; по-третє, об'єктивна сторона злочину не залежить від активної чи пасивної поведінки службової особи, тобто від виконання нею чи утримання від виконання якихось певних дій на користь особи, яка дає незаконну винагороду, або в інтересах третіх осіб.

Ключові слова: кваліфікація, злочини, пов'язані з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, корупція, неправомірна вигода, службова особа.

Komarnytska M.O. Problems of criminal-legal qualification of certain crimes, the subject of which is illegal gain

The analysis of the main problems related to the criminal-legal qualification of accepting an offer, promise or receiving an illegal benefit under the criminal law of Ukraine is carried out. The main problems of qualification of actions related to the acceptance of an offer, promise or illegal benefit in the doctrine of criminal law of

Ukraine and the practice of application of the provisions of the analyzed articles in law enforcement and the judiciary. It is established that the problematic issues of qualification of these socially dangerous acts were and remain the following aspects: establishing the content of the features that characterize the subject of these offenses, namely «official», because despite the normative definition of this concept, certain aspects remain unexplored and further cause considerable difficulties in the law enforcement process; delimitation of the composition of acceptance of the offer, promise or receipt of illegal benefit by the official from other structures, the subject of which is the illegal benefit, as well as other components of crimes; the lack of a legislative definition of the minimum amount of illegal benefit, which does not hide the proper possibility of distinguishing a socially dangerous act from an insignificant one. The solution of these and other problems is carried out through the prism of the analysis of judicial practice, as well as the development of criminal law doctrine within the subject of this study. The analysis allowed to substantiate that: first, the official may be the subject of a crime under Art. 368 of the Criminal Code when she receives remuneration for the performance or non-performance of precisely those functions that define her as occupying her official position; secondly, qualifying features will occur when an official holding such a position is remunerated for performing or failing to perform precisely those functions that define him or her as occupying a responsible and particularly responsible position; thirdly, the objective side of the crime does not depend on the active or passive behavior of the official, ie on his performance or refrain from performing certain actions in favor of the person giving the illegal reward or in the interests of third parties.

Key words: qualification, crimes related to acceptance of the offer, promise or receipt of illegal benefit, corruption, illegal benefit, official.