

УДК 343.3

О.О. КАШКАРОВ, канд. юрид. наук,
ст. наук. співр., Кримський факультет Одеського
державного університету внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА АНТИКОРУПЦІЙНИХ НОВЕЛ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*Корупція; злочин: делікт, правопорушення,
стаття, хабар, законодавство, законодавець,
незаконне отримання вигід, Кримінальний кодекс
України, Кодекс України про адміністративні
правопорушення*

Корупція визначається як суспільне зло, що складає найсерйознішу політичну проблему і є основною загрозою соціально-економічному і демократичному розвитку суспільства, конституційним основам державного ладу в Україні та національній безпеці України. Вона є причиною бідності країни та напруги в суспільстві; підриває довіру громадян до держави та її владних структур; сприяє тінізації економіки; негативно впливає на всі сторони суспільного життя: економіку, політику, управління, соціальну і правову сфери, громадську свідомість, міжнародні відносини; гальмує розвиток економіки та становлення ринкових відносин, підриває міжнародний авторитет України. [1, с.22]. У 2012 році Україна у щорічному рейтингу країн за рівнем корумпованості зайняла 144 місце серед 176 країн світу [2].

У зв'язку з цим слід відзначити, що Указом Президента України від 21.10.2011 р. № 1001/2011 було схвалено Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 роки, метою якої є зменшення рівня корупції в Україні шляхом усунення передумов її виникнення через упровадження превентивних заходів, зміцнення режиму законності тощо [3]. При цьому для реалізації Національної антикорупційної стратегії необхідні узгоджені дії державних органів та органів місцевого

самоврядування, зокрема, щодо удосконалення інституту відповідальності за корупційні правопорушення, а також активізації міжнародного співробітництва у сфері запобігання і протидії корупції, у тому числі приведення антикорупційної політики України у відповідність із міжнародними стандартами у сфері запобігання і протидії корупції.

Прагнення законодавця подолати корупційні прояви у суспільстві, а також надати правозастосовчим органам найбільш вдосконалені правові засоби боротьби з цим негативним явищем є завжди актуальним та потрібними, але вони не завжди є адекватними та науково обґрунтованими. На сьогоднішній день національному праву все ж таки притаманна певна невідповідність між нормами, які встановлюють відповідальності за вчинення корупційних правопорушень та злочинів, це пояснюється неузгодженістю між ст.172² КУпАП та ст.368 КК України, а також злочинів, передбачених ч.3 ст.368³ КК України та ч.3 ст.368⁴ КК України. З метою вирішення цієї проблеми законодавець 18.04.2013 року прийняв ряд змін щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією [4]

Вивченню проблем встановлення відповідальності за так звані «корупційні» злочини та корупційні правопорушення присвячували праці криміналісти В.В. Сташис, В.Я. Тацій, В.О. Навродський, П.І. Орлов, В.П. Ємельянов, А.А. Музика, Т.А. Денісова, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк та адміністративісти Д.Г. Заброта, С.О. Кузніченко, Х.П. Ярмакі, С.А. Буткевич, Ю.В. Дубко. Проте, детальної уваги співвідношенню норм і положень адміністративно-деліктного та кримінально-правового законодавства у сфері протидії корупційним проявам у працях цих вчених, на жаль, не зверталось. Тому метою роботи є кримінально-правова характеристика новел останньої редакції антикорупційного національного законодавства.

Схвальною, на нашу думку, є реалізована ідея законодавця щодо виключення з КУпАП ст.172² та 172³, а також заміни застарілого поняття «хабар» (ст.368 КК України) на поняття «неправомірна вигода».

Оскільки наявність у чинних КК України та КУпАП норм, що встановлюють відповідальність за вчинення тотожних суспільно-небезпечних діянь, які передбаченні ч.1 та ч.2 ст.368 (Одержання хабара) КК України та ч.3 ст.368³ (Комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми) та ч.3 ст.368⁴ (Підкуп особи, яка надає публічні послуги) КК України розділу XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», які конкурують із главою 13–А «Адміністративні корупційні правопорушення» КУпАП, а саме зі статтею 172² КУпАП, яка встановлює відповідальність за порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди у розмірі, що не перевищує п'яти (ч.1 ст.72² КУпАП) та ста (ч.2 ст.172² КУпАП) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Згідно зі законодавчо закріпленим у ч.1 ст.368 КК України визначенням – під одержанням хабара визнається одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища, але законодавчого визначення поняття «хабар» не має, законодавчо воно не закріплено, це поняття тлумачиться теорією кримінального права, хабаром може виступати майно, дії майнового характеру та майнові права.

У диспозиції ч.3 ст.368³ КК України одержання службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди за

вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто передає чи надає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб, та ч.3 ст.368⁴ КК України одержання аудитором, нотаріусом, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром при розгляді колективних трудових спорів неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах особи, яка їх надає чи передає.

Диспозиція ч.1 ст.172² КУпАП, описуючи, що слід визнавати під порушенням особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей, вказує, що ця дія повинна бути пов'язана з одержанням за це *неправомірної вигоди* у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або у зв'язку з прийняттям обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб. Диспозиція ч.2 ст.172² КУпАП є аналогічною за змістом до частини першої вказаної статті, але у ній зазначається, що розмір неправомірної винагороди не повинен перевищувати ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тобто станом на 01.01.2013 року для притягнення до адміністративної відповідальності за ч.1 ст.172² КУпАП розмір незаконної винагороди повинен бути меншим за 2687,5 грн. та меншим за 53750 грн. для ч. 2 зазначеної статті.

Крім того законодавче визначення суб'єктів корупційних правопорушень розкривається у ст.4 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», під якими розуміються, як посадові особи органів державної влади, так і посадові особи юридичних осіб публічного права, які не зазначені в п.1 ч.1 зазначеної статті, але одержують заробітну плату за рахунок державного чи місцевого бюджету, а також особи, які не є державними

службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи в установлених законом випадках). Наведене свідчить, що суб'єкти злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг повністю збігаються з суб'єктами адміністративних корупційних правопорушень, що ще раз підтверджує однаковість цих деліктів.

Наведене вище дає можливість стверджувати, що особа, яка отримала незаконні вигоди майнового характеру з використанням свого службового становища у розмірі до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, повинна притягатись до адміністративної відповідальності, навіть якщо цю особу було затримано відповідно норм та положень чинного кримінально-процесуального законодавства. Існування чинної редакції ст.172² КУпАП унеможлиблює застосування ч.1 та ч.2, ст.368 КК України в повному обсязі, а ч.3 ст.368 КК України частково, за умови, відсутності певних кваліфікуючих чинників, а саме: вимагання хабара, вчинення злочину повторно, за попередньою змовою групою осіб. Крім того, ч.3 ст.368³ КК України та ч.3 ст.368⁴ КК України відповідно до принципу кваліфікації. Відповідно до ст.6 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» встановлені обмеження щодо використання службового становища. А саме, частиною 1 цієї статті передбачено, що особам, зазначеним у пунктах 1-3 частини першої статті 4 цього Закону (в якій перелічені в тому числі і службові особи, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище) забороняється використовувати свої службові повноваження та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди або у зв'язку з прийняттям обіцян-

ки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб. Таке визначення передбачає заборону для будь-яких дій чи бездіяльності службовців з використанням службових повноважень та наявних можливостей з отриманням чи метою отримання матеріальної винагороди, матеріальних благ, тощо. У цій статті також міститься деталізація певних неправомірних дій, яка за змістом не звужує обмежень, викладених у частині 1 статті 6 Закону.

Таким чином, оскільки ст.172² КУпАП встановлює адміністративну відповідальність, за своїм змістом більш м'яку, ніж кримінальна, за отримання службовими особами незаконної винагороди, по суті хабара, з використанням службових повноважень у формі дій чи бездіяльності. Тобто, стаття 368 КК України та ст.172² КУпАП за своїми диспозиціями передбачають різного роду юридичну відповідальність за аналогічні діяння. Різниця полягає в тому, що диспозиція ст.172² КУпАП охоплює більш широке коло протиправних діянь. А фактична відмінність наведених норм полягає у визначеному законодавцем розмірі незаконної винагороди. При цьому, для злочину мінімальний розмір незаконної винагороди – хабара не визначений взагалі, а значний розмір визначається у сумі, що перевищує п'яти неоподаткованих мінімумів доходів громадян для ч.1 ст.ст.172² КУпАП та ста для неоподаткованих мінімумів доходів громадян для ч.2 ст.172² КУпАП. Тим паче вже існують ухвали апеляційних судів, які скасовують вироки суду першої інстанції щодо притягнення до кримінальної відповідальності за ч.2 ст.368 КК України, посилаючись на неузгодженість між адміністративно-деліктним та кримінальним законодавством [9]. Враховуючи вищенаведене, кримінальна відповідальність за ст.368 КК України, за отримання неправомірної вигоди (відповідно до чинної редакції хабара) повинна наступати за умови, якщо сума хабара буде перевищувати сто неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що станом на 01.01.2013 р. становить 53750 грн.

Враховуючи положення ст.62 Конституції України та ст.68 Конституції України, а також принципу кримінально-правової кваліфікації, що при конкуренції норм, які передбачають відповідальність, повинна застосовуватись більш м'яка за санкцією норма, якщо законом передбачена одночасно і кримінальна, і адміністративно-деліктна відповідальність, за наявності однакових ознак, суб'єкт кваліфікації повинен застосовувати норми адміністративно-деліктного права. Виходячи з наведеного, кримінальна відповідальність за ст.368 КК України або за ч.3 ст.368³ КК України чи за ч.3 ст.368⁴ КК України повинна наставати виключно, якщо розмір предмету зазначених злочинів становить більше ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. З цього приводу М.І. Хавронюк вказує, що ознаки понять «хабар» і «неправомірна винагорода» цілком збігаються, тобто, ці поняття є синонімами, використання терміну «хабар» є лише даниною традиції [5, с.312], у ст.2 Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією вказується, що «корупція» означає прямі чи опосередковані вимагання, пропонування, дачу або одержання хабара чи будь-якої іншої неправомірної вигоди або можливості її отримання, які порушують належне виконання будь-якого обов'язку особою, що отримує хабара, неправомірну вигоду чи можливість мати таку вигоду, або поведінку такої особи» [6]. Схожу точку зору висловлюють Л.П. Бріч та В.О. Навроцький, що у кваліфікації має застосовуватись колізійне правило: «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої піддається кваліфікації», легальною основою якого є положення ст.68 Конституції України. Тобто, застосуванню підлягає адміністративно-правова норма [7, с.260; 8, с.429]. Хоча в теорії існує й інша точка зору – так, наприклад, автори висновку на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвен-

ції про боротьбу з корупцією» В.П. Попович та Н.В. Кідіна зазначають, що пропозиція щодо заміни поняття «хабар» на «неправомірна вигода» у низці статей КК створює досить серйозні правозастосовчі ризики і може істотно зашкодити інтересам боротьби з найбільш небезпечними корупційними діяннями. Конкретні зауваження до відповідних положень проекту полягають у наступному:

1) кримінально-правове поняття «хабар» має досить тривалий історичний період формування та закріплення у національному кримінальному законодавстві, є усталеним та зрозумілим не лише для тих, хто застосовує правові норми, але й для звичайних громадян;

2) наразі поняття «хабар» та «неправомірна вигода» відрізняються між собою тим, що хабар – це незаконна винагорода, яка має *виключно* матеріальний характер (гроші, матеріальні цінності, документи, які надають право отримати майно, будь-які дії майнового характеру та ін.), а неправомірна вигода може бути як матеріальною, так і нематеріальною (переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи тощо). Отже, у разі прийняття запропонованих змін складеться ситуація, за якої неможливо буде визначити значний, великий та особливо великий розмір хабара («неправомірної вигоди»), якщо його предметом будуть окремі послуги, пільги чи переваги нематеріального характеру (як це наразі вже має місце при кваліфікації злочинів, передбачених новими статтями 368-2, 368-3, 368-4, 369-2 КК). Фактично пропонується ускладнити та заплутати кримінальну відповідальність за хабарництво, вчинене за наявності кваліфікуючих й особливо кваліфікуючих ознак. Навряд чи такі зміни кримінального законодавства сприятимуть боротьбі з корупційними проявами в нашій державі.

3) Крім того, звертаємо увагу, зазначають автори висновку, на те, що відмова від такого кримінально-правового поняття, як «хабар», жодним чином не впливає з вимог міжнародно-правових актів у сфері боротьби з корупцією, належним чином визнаних Україною [10].

За нашим переконанням поняття «неправомірна вигода» та «хабар» за своїм змістом є синонімічними поняттями, вони обидва розкривають сутність предмету аналізованих правопорушень, а в деяких моментах поняття «неправомірна вигода» є ширшим за поняття «хабар», наприклад послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру (похвальні характеристика чи виступ у пресі, надання престижної роботи тощо), не можуть визнаватися предметом хабара.

На відміну від поняття «хабар» поняття «неправомірна вигода» має законодавче визначення, яке розкривається у абз.6 ч.1 ст.1 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» та примітки 2 до ст.172² КУпАП, які за своїм змістом повністю збігаються. Так, відповідно до примітки 2 до ст.172² КУпАП, неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, що їх без законних на те підстав обіцяють, пропонують, надають або одержують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову.

Викладене вище свідчить про своєчасність прийняття Закону України про внесення змін до чинних КУпАП та КК України в сфері реалізації державної політики щодо протидії корупції. Зазначений закон виконує важливі завдання щодо усунення протиріч між нормами КК України та КУпАП.

ЛІТЕРАТУРА

1. Заброта Д. Г. Антикорупційне законодавство, як джерело інформації про стан корупції в Україні / Д. Г. Заброта // Науковий вісник Дніпропетровськ. держ. ун-ту внутр. справ. – 2010. – № 4. – С. 17-23.

2. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність зі стандартами Кримінальної конвенції про

боротьбу з корупцією» : від 15.04.2013 р., № 2802 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2802&skl=8.

3. Указ Президента «Національна антикорупційна стратегія на 2011–2015 роки» : від 21.10.2011 р., № 1001/2011 // Офіційний вісник Президента України. – 2011. – № 29. – Ст. 1139.

4. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність зі стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» : від 15.04.2013 р., № 2802 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2802&skl=8.

5. Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М. І. Хавронюк. – Вид. виправл. і доповн. – К. : Юрид. думка, 2012. – 424 с.

6. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією // Офіційний вісник України. – 2006. – № 9. – Ст. 592.

7. Бріч Л. П. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь з врахуванням нового антикорупційного законодавства України / Л. П. Брич // Науковий вісник Львівськ. держ. ун-ту внутр. справ. Серія юридична. – 2010 – Вип. № 2. – С. 250–263.

8. Навроцький В. О. Теоретичні основи кримінально-правової кваліфікації / В. О. Навроцький. – К. : Атіка, 1999. – 464 с.

9. Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області за справою № 11-829/11 від 25.10.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19565716>.

10. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» : від 15.04.2013 р., № 2802 [Елек-

тронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2802&skl=8

Кашкаров О. О. Кримінально-правова характеристика антикорупційних новел національного законодавства / О. О. Кашкаров // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 391–396 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2013-1/13koonnz.pdf>

Розглянуті положення чинного національного антикорупційного законодавства, аргументовано доведено, що зміст ст.172² КУпАП не відповідає та суперечить положенням ст.368 КК України, також піддано критиці використання у ст.368 КК України терміну «хабар». У статті обґрунтовано, що прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» є необхідним та своєчасним.

Кашкаров А.А. Уголовно-правовая характеристика новел национального антикоррупционного законодательства

Рассмотрены положения действующего национального антикоррупционного законодательства, аргументировано доказано, что содержание ст.172² КУоАП не соответствует и противоречит положениям ст.368 УК Украины, также подвергнуто критике использование в ст.368 УК Украины термина «взятка». В статье обосновано, что принятие Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины по приведению национального законодательства в соответствие со стандартами Криминальной конвенции о борьбе с коррупцией» является необходимым и своевременным.

Kashkarov A.A. Criminal Legal Characteristic Novels of the National Anti-Corruption Legislation

Describes the current situation of national anti-corruption legislation, reasonably proven that the content of art. 172² of CUAO does not match, and contrary to the provisions of Clause 368 of the Criminal Code of Ukraine, also criticized the use of Clause 368 Criminal Code of Ukraine the term «ribe». The article substantiates that the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine to bring national legislation into conformity with the standards of the Criminal Law Convention on Corruption» is a necessary and timely.

Форум