

Given the concept of bail under the Criminal procedure code of Ukraine. Disclosed to the collateral and its contents. Marked entities, in which it is possible to choose a measure of restraint in the form of collateral. The definition of mortgagor and contains restrictions concerning the range of persons who may be pledgers.

The attention is focused on the problematic aspects of establishing the amount of bail for certain categories. Characterized by the limits of the size of the mortgage and the shortcomings of the Criminal procedural code of Ukraine and laws of Ukraine on introducing changes regarding the settlement of the definition and the calculation of the amount of bail.

Set out the grounds, procedure and terms of Deposit mortgagor and legal consequences of a breach of such obligations. It is established that the consequences of failure of the suspect, the accused or the mortgagor the duties assigned to them during the election of the collateral as a measure of treatment funds to the state.

Installed and peculiarities of application of collateral, if the decision was made as an alternative to detention. Also raised the issue of election of a measure of restraint to the suspect for committing acts of corruption, given the peculiarities of establishing the amount of bail.

It was found that the problematic issues of application of bail during the preliminary investigation of criminal offenses still exist. They caused a wide discussion among experts in the field of criminal procedure and practitioners, therefore, the article considers a number of bills aimed at improving the practice of application of a preventive measure.

It is established that one of the ways to solve problems nethosting preventive measures in the pre-trial investigation of criminal offenses is the introduction of the criminal procedure code of Ukraine changes regarding the election process in the pre-trial investigation at least certain types of preventive measures, such as collateral, providing the investigator or the Prosecutor to take a decision on election of such preventive measures.

Key words: *preventive measures, reasons for use, pledge, Deposit, collateral, the mortgagor, for the benefit of the state.*

УДК 343.352

О.О. Дудоров

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 368 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У статті розглянуто проблемні питання кваліфікації злочину «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою». Йдеться зокрема про можливість визнання злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 Кримінального кодексу України, 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 службового

особою неправомірної вигоди, поєднаного з вимаганням, і такого злочину проти власності, як вимагання, учинене службовою особою з використанням свого службового становища.

Ключові слова: *неправомірна вигода, кваліфікація, малозначність, службова особа, використання службового становища, зловживання впливом, корупція.*

Постановка проблеми. Ст. 368 чинного Кримінального кодексу України (далі – КК), яка на момент його ухвалення передбачала відповідальність за традиційне для вітчизняного кримінального права одержання хабара, а наразі – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, є однією з найбільш «багатотраждальних» у розділі XVIII Особливої частини КК: тричі ця кримінально-правова заборона викладалась у новій редакції, не кажучи вже про інші законодавчі зміни. На прикладі цієї статті КК добре помітно, що ситуація з оновленням антикорупційного законодавства поки що не ґрунтується на таких складових якісної законотворчості, як наукові знання, правова культура й законодавча техніка. Водночас унаслідок активного використання вітчизняним законодавцем «методу спроб і помилок» прогрес у зазначеній сфері відбувається при тому, що нові проблеми також з'являються, і ст. 368 КК у вказаному контексті – не виняток.

Аналіз останніх досліджень та публікацій, формулювання цілей. Метою пропонованої статті є з'ясування проблемних питань кваліфікації злочину «прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», а також висунення на підставі аналізу відповідних рішень Верховного Суду України (далі – ВСУ) та з урахуванням здобутків доктрини (праці П.П. Андрушка, К.П. Задой, В.М. Киричка, М.І. Мельника, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, Н.М. Ярмиш та ін.) пропозицій, спрямованих на вдосконалення практики застосування ст. 368 КК.

Виклад основного матеріалу. Передусім зазначу, що кваліфікація дій службової особи за ч. 1 цієї статті КК можлива лише в тому разі, якщо розмір неправомірної вигоди не є значним, тобто є меншим за сто неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (це впливає з ч. 1 примітки до ст. 368 КК) та якщо у вчиненому не вбачається інших кваліфікуючих ознак розгляданого злочину. При цьому в ч. 1 ст. 368 КК не встановлено мінімального розміру неправомірної вигоди як предмета злочину, передбаченого вказаною кримінально-правовою нормою, якій, таким чином, бракує формальної визначеності. Законодавець (треба так розуміти) виходить із того, що одержання неправомірної вигоди будь-якого розміру (прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди, прохання надати її) порушує правомірне функціонування управлінської сфери, підриває її авторитет (останній кількісного виміру не має), а тому повинно визнаватися злочином.

Разом з тим у випадку одержання службовою особою незначної за розміром неправомірної вигоди (учинення щодо неї інших діянь) можливе

застосування кримінально-правової норми про малозначність. Посткримінальна поведінка порушника кримінально-правової заборони, характеристика його особи, інші обставини, що є правовими підставами для пом'якшення покарання або звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, учинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин або втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину) не мають значення в контексті встановлення наявності або відсутності малозначності за ч. 2 ст. 11 КК. Водночас при з'ясуванні питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо одержання службовою особою незначної за розміром неправомірної вигоди слід, зокрема, урахувати характер і розмір шкоди, яка заподіяна (може бути заподіяна) тим діянням, за вчинення якого одержується неправомірна вигода.

Оціночний характер малозначності діяння як кримінально-правової категорії не виключає принципово іншої (негативної) відповіді на питання про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо корупційних деліктів як діянь, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою. Адже можна міркувати приблизно так: невідкупність службової особи (іншого належного суб'єкта) порушується й у випадку одержання цим суб'єктом незначної за розміром неправомірної вигоди; шкода, заподіювана корупційними злочинами (у розглядуваному контексті йдеться про діяння, передбачені ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4 КК), носить немайновий характер і є не прямо пропорційною, а інколи навіть зворотно пропорційною розміру неправомірної вигоди як предмета злочину (чим меншою за розміром є неправомірна вигода, тим більше страждає об'єкт корупційних злочинів). Водночас наведені міркування (їх прибічниками виступають, зокрема, Н.М. Ярмиш [1, с. 164-165] і О.З. Гладун [2, с. 106-107]) можуть розцінюватись як прояв обмежувального тлумачення чинного КК. Останній, звичайно, за умови збереження в ньому норми про малозначність повинен, обмежуючи розсуд правозастосувача, чітко розрізняти випадки, коли малозначність діяння за жодних обставин виключається, і випадки, за яких вона все ж може мати місце [3, с. 15-16].

У контексті з'ясування можливості визнання малозначним діяння, описаного в ч. 1 ст. 368 КК, варто звернути увагу й на те, що порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків має розцінюватись як передбачений ст. 172-5 Кодексу України про адміністративні проступки (далі – КАП) проступок. Відмежовуючи останній від складу злочину, описаного в ст. 368 КК, треба виходити з того, що: по-перше, у заданій статті КАП говориться про порушення певних обмежень, а не заборон; по-друге, ст. 23 Закону від 24 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» забороняє особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону (у тому числі це «публічні» службові особи, спроможні нести кримі-

нальну відповідальність за вчинення розглядуваного злочину), безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб: а) у зв'язку зі здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування; б) якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такої особи.

З урахуванням сказаного й правила, закріпленого в ч. 2 ст. 9 КАП, одержання службовою особою забороненого подарунку має кваліфікуватися за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК (зокрема за відсутності малозначності діяння).

Об'єктивна сторона складу досліджуваного злочину характеризується такими діяннями, як: 1) прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди; 2) її одержання; 3) прохання надати неправомірну вигоду.

Прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди полягає у згоді службової особи, висловленій тому, хто пропонує (обіцяє) неправомірну вигоду, одержати від нього таку вигоду. Інакше кажучи, це зовнішня демонстрація готовності одержати неправомірну вигоду, а не просто ухвалення суб'єктом рішення, так би мовити, для себе. Законодавче виокремлення прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди видається логічним кроком, адже таким чином у ст. 368 КК знаходить відображення система двосторонньої угоди, за якої для визнання злочину закінченим достатньо згоди адресата прийняти запропоновану (обіцяну) йому неправомірну вигоду. У такий спосіб унеможливлено ситуації, коли особа, яка запропонувала (шообіцяла) неправомірну вигоду, підлягатиме кримінальній відповідальності, а особа, яка погодилася прийняти запропоновану (обіцяну) вигоду (якщо на цьому етапі її злочинну діяльність виявили й припинили правоохоронні органи), – ні.

На відміну від пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди (ч. 3 примітки до ст. 354 КК), поняття «прохання надати неправомірну вигоду» в КК не розкривається. Причому якщо в ст. 368 КК, як і ст. 354 КК, прохання надати неправомірну вигоду визнається однією з форм «пасивного» підкупу, то в ст. ст. 368-3, 368-4 КК воно з незрозумілих причин характеризує підкуп «активний». Проте прохання надати неправомірну вигоду, так би мовити, за визначенням не може характеризувати поведінку того, хто намагається підкупити службову особу юридичної особи приватного права та особу, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Указівка на таке прохання в ч. 1 ст. 368-3 і ч. 1 ст. 368-4 КК є законодавчою помилкою, що потребує усунення шляхом перенесення «прохання надати неправомірну вигоду» до тих частин згаданих статей КК, у яких йому насправді місце.

До речі, у Кримінальній конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, Ци-

вільній конвенції РЄ про боротьбу з корупцією та Конвенції ООН проти корупції про потребу встановлення кримінальної відповідальності за прохання неправомірної вигоди не йдеться – у цих міжнародно-правових документах говориться лише про вимагання як одну з форм корупційної поведінки.

Повертаючись до аналізу чинної редакції ст. 368 КК, зазначу, що, з огляду на лексичне значення слова «прохати», така дія, на відміну від вимагання неправомірної вигоди, не передбачає будь-яких погроз, а є лише виявленням бажання службової особи як суб'єкта «пасивного» підкупу одержати неправомірну винагоду за вчинення або невчинення дії з використанням службового становища. Прохання надати неправомірну вигоду – це звернення відповідного змісту в чіткій та ввічливий формі з розумінням при цьому можливості особи відмовити в задоволенні такого прохання. Прохання утворює склад закінченого злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, за умови, що подія обмежилася проханням, тобто одержати неправомірну вигоду прохачу не вдалося з причин, що від нього не залежать (інша сторона відмовилася надати неправомірну вигоду, або погодилася на прохання, але не встигла його виконати тощо).

Якщо службова особа прийнята пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди або просила надати її для себе чи третьої особи за вчинення або невчинення відповідних дій і протягом незначного часу одержала неправомірну вигоду, учинене з урахуванням правила кваліфікації при конкуренції частини й цілого треба розцінювати лише як одержання неправомірної вигоди. Останнє передбачає будь-який спосіб прийняття винним неправомірної вигоди, причому як особисто, так і через посередника. За змістом ст. 368 КК неправомірна вигода може одержуватися й третіми особами – членами сім'ї службової особи, іншими особами, включаючи її кредиторів.

Не виключається надання-одержання неправомірної вигоди й способом бездіяльності (йдеться, наприклад, про невитребування майна, переданого раніше в тимчасове користування, неперешкодження користуватися певним майном, прощення боргу). Тому вказівка саме на «діяння» у частинах 2–4 ст. 368 КК, де формулюються кваліфіковані склади злочину, є виправданою. Натомість, наприклад, формулювання «ті самі дії, учинені...» (ч. 2 ст. 354 КК) і «дії, передбачені частиною третьою цієї статті...» (ч. 4 ст. 354 КК) з урахуванням сказаного виглядають не зовсім точними.

З диспозиції ч. 1 ст. 368 КК випливає тісний і нерозривний зв'язок між одержанням неправомірної вигоди, прийняттям її пропозиції (обіцянки) і проханням надати неправомірну вигоду, з одного боку, і виконанням або невиконанням службовою особою дії з використанням свого службового становища, з іншого. Відсутність такого зв'язку виключає наявність складу цього злочину. Причому поняття «з використанням наданої їй влади чи службового становища» з погляду кваліфікації за ст. 368 КК не

обмежується діями (бездіяльністю) в межах службової компетенції і включає в себе використання службовою особою можливостей, обумовлених займаною посадою. Звернемося до матеріалів судової практики.

Визнавши обґрунтованим засудження заступника голови райдержадміністрації за ст. 368 КК, Судова палата у кримінальних справах ВСУ в постанові від 7 лютого 2013 р. (справа № 5-29кк12) указала на зв'язок між одержанням грошей цією службовою особою й протиправним використанням нею свого службового становища. Останнє виявилось в тому, що заступник голови райдержадміністрації надав відому йому за посадою інформацію про власників земельних ділянок у місці, де хабародавець планував будувати АЗС. Засуджений також надав висновок про можливість виділення земельної ділянки для задоволення інтересів хабародавця, підготував проєкт розпорядження голови райдержадміністрації про видачу дозволу на попереднє узгодження місця розташування земельної ділянки для будівництва АЗС і використав свій авторитет першого заступника голови райдержадміністрації, під впливом якого керівник цього органу державної влади підписав указаний документ.

Очевидно, що у вищадку сприйняття вузького розуміння поняття використанням службового становища (діяння, зумовлені виключно компетенцією службової особи) складом злочину, передбаченого ст. 368 КК, не охоплювалися б вищадки одержання неправомірних вигод за незаконні (включаючи злочинні) діяння по службі, оскільки жодна службова особа не уповноважується на вчинення таких діянь. Наразі для наявності складу аналізованого злочину немає значення, за виконання яких (законних чи незаконних) дій з використанням службового становища винний одержує або просить неправомірну вигоду, приймає пропозицію або обіцянку такої вигоди. Якщо це зроблено за правомірні діяння або за такі протиправні діяння по службі, які є дисциплінарними проступками, особа має нести відповідальність лише за ст. 368 КК. Якщо ж діяння, учинене службовою особою у зв'язку з одержанням, проханням неправомірної вигоди, прийняттям пропозиції або обіцянки такої вигоди, утворює склад самостійного злочину (зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, службове підроблення, постановлення суддею завідомо неправдивого рішення, збут наркотичних засобів, зброї тощо), скоєне необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів – за відповідною частиною ст. 368 і тією нормою КК, яка передбачає відповідальність за «пов'язаний» злочин.

Разом з тим прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди треба відмежовувати від передбаченого ст. 369-2 КК зловживання впливом, про що автор цих рядків уже писав раніше [4, с. 68–78]. Річ у тім, що згаданий у ст. 369-2 КК вплив, який особа

(у т. ч. службова) пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити й за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може полягати в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу, уживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт зловживання впливом) учинити не може.

Традиційно в судовій практиці обстоювалося так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара, яке охоплювало використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. У п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснено, що відповідальність за одержання хабара настає й у тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона неуповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів через завдяки своєму службовому становищу. У межах викладеної правової позиції виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, учинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа через завдяки своєму службовому становищу (у його широкому розумінні) ужити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи).

Поява в КК ст. 369-2, крім усього іншого, фактично означає, що законодавець з усіх форм передбаченого ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, установеє за неї менш суворе покарання (це випливає з аналізу санкцій частин 2 і 3 ст. 369-2, частин 1–4 ст. 368 КК відповідно) таку форму, як одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не має права. Одержання в цьому разі службовою особою неправомірної вигоди за здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, з метою спонукати її вчинити певні дії чи утриматися від них утворює склад злочину «зловживання впливом» (наприклад, одержання головою суду неправомірної вигоди за вплив на прийняття процесуального рішення суддею очолюваного цим керівником суду). Тобто словосполучення «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», указані в п. 2 постанови

Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про хабарництво», позначає той службовий вплив, який наразі виділений у ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК.

З цього приводу в пп. 65–66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією зазначається, що відмінність між зловживанням і хабарництвом полягає в тому, що особа, яка зловживає впливом, не мусить «учинити дію або утриматися від дії», як це належало б зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну вчинити потрібну дію (або втриматися від її вчинення). Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

Виходить, що в розглядуваній ситуації має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватися шляхом надання переваги спеціальній нормі.

Для наявності складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, не має значення: 1) чи була неправомірна вигода запропонована, обіщана, одержана або прохання про її надання висловлено до або після вчинення (невчинення) службовою особою обумовлених такою вигодою дій із використанням службового становища; 2) чи було заздалегідь обумовлено одержання неправомірної вигоди; 3) чи вчинила службова особа дії (бездіяльність) в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи і чи збиралася вона їх учиняти.

З приводу другого застереження хотів би зауважити, що за чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому сенсі не відрізняється від її попередніх редакцій, а так само від ст. 168 КК 1960 р. «Одержання хабара», є однаковою правова оцінка «неправомірної вигоди-підкупу» і «неправомірної вигоди-подяки». Криміналізація останньої зазвичай пояснюється тим, що необумовлені неправомірні вигоди: а) нерідко надаються службовій особі з розрахунком користуватися її послугами в майбутньому; б) руйнують систему публічного управління; в) можуть мати своїм результатом прагнення службової особи одержувати їх від усіх тих, хто буде вимушений звертатися до неї. Разом з тим слід відзначити, що такий традиційний підхід вітчизняного законодавця, послідовно підтримуваний у т. ч. ВСУ, не повною мірою узгоджується зі ст. ст. 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, адже в цих статтях міжнародно-правових актів наголошується на необхідності криміналізації лише підкупу національних державних посадових осіб. У п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з

корупцією йдеться про те, що одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею не є злочином відповідно до вказаної Конвенції.

Одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) об'єктивно неспроможна вчинити, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи) і вважає, що ця службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність), на мій погляд, також має кваліфікуватися за ст. 368 КК. Щоправда, означене питання кваліфікації в юридичній літературі й судовій практиці є дискусійним.

Так, посилаючись на текст кримінального закону, у якому йшлося про дії, які хабароодержувач міг або повинен був вчинити завдяки своєму службовому становищу, М.П. Кучерявий не вбачав у такій ситуації всіх ознак одержання хабара [5, с. 96–97]. Погоджуючись із цим висновком, Б.В. Волженкін пропонував розцінювати скоєне службовою особою в такому разі як зловживання службовим становищем, а якщо вона породила умисел на давання хабара, то і як підбурювання до давання хабара [6, с. 103]. Виходячи з того, що аналізовані дії службової особи є реалізацією умислу на заволодіння чужим майном шляхом зловживання довірою, не означають використання винним свого службового становища й передусім заподіюють шкоду відносно власності, Т.І. Пономарьова пропонує розцінювати такі дії як шахрайство [7, с. 180–182]. Трапляються й судові рішення, у яких обстоюється подібний підхід (концепція так званої реальної можливості) і вказується на відсутність складу злочину, передбаченого ст. 368 КК, у випадках одержання службовими особами неправомірних вигод за дії (бездіяльність), які ці особи неспроможні вчинити по службі; нерідко здійснюється перекваліфікація вчиненого службовими особами на ст. 190 КК.

Переконалий у тому, що в подібних ситуаціях акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти прийняттю (зокрема колективним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч установленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо). Незважаючи на наявність у поведінці службової особи в цьому разі обману, учинене не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне в злочин проти власності. Адже службова особа розуміє, що неправомірною вигодою пропонується, обіцяється або надається їй за дії чи бездіяльність по службі. Крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлен-

ня того, що суб'єкт «активного» підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Кваліфікація вчиненого в цьому разі за ст. 368, а не, наприклад, за ст. 190 КК «Шахрайство» дозволятиме враховувати тісний зв'язок між злочинами, передбаченими ст. 368 і ст. 369 КК, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої принаймні суб'єктивно) посягає на ті суспільні відносини, що становлять основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК. Доречно пригадати, що, починаючи з моменту ухвалення Закону України від 11 липня 1995 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб», законодавець, описуючи ознаки складу злочину, передбаченого ст. 168 попереднього КК і ст. 368 чинного КК, і (треба так розуміти) схиляючись до сприйняття наведених вище міркувань, не використовує для характеристики поведінки службової особи зворот «шовинна або могла вчинити...». До того ж фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи, як відомо, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК.

Готуючи як член Науково-консультативної ради при ВСУ науковий висновок у справі С., засудженого за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК, та оцінюючи позицію заявника, який наполягав на відсутності в його діях складу злочину «одержання хабара», я вимушений був зробити застереження про те, що в цьому разі йдеться про розглядувану кримінально-правову проблему частково. Адже гроші одержувалися засудженим за попередньою змовою з Ш., зокрема за обрання запобіжного заходу, не пов'язаного зі взяттям під варту, звільнення з ізолятору тимчасового тримання й перекваліфікацію злочинних дій на іншу (більш сприятливу для хабародавця Л.) частину ст. 191 КК, тобто за виконання працівниками прокуратури дій з використанням свого службового становища. У цій частині немає жодних сумнівів у тому, що вчинене С. і Ш. є службовим злочином – одержанням хабара. Щодо одержання частини грошей за звільнення Л. від кримінальної відповідальності за амністією (це – повноваження виключно суду; до того ж Л. як особа, до якої раніше застосовувалась амністія, не міг бути за законом у такий спосіб звільнений від кримінальної відповідальності), то в цій частині, справді, варто вести мову про незаконне одержання службовою особою майнового блага за дію (бездіяльність), яку ця особа в силу свого службового становища об'єктивно неспроможна вчинити, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає майнове благо (або для третьої особи) і хто вважає, що ця службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність).

З урахуванням викладених вище аргументів мною було зроблено узагальнюючий висновок про те, що у вироку Подільського районного

суду м. Києва від 3 квітня 2013 р. щодо засудження С. за ч. 3 ст. 15, ч. 3 ст. 368 КК України, залишеному без змін рішенням судів вищих інстанцій, дії С. як незакінчений замах на одержання хабара за обтяжуючих обставин кваліфіковані правильно. Формулював я в науковому висновку у справі С. і таке, скоріш за все, риторичне питання: хіба Л. погодився б на передачу 50 тис. доларів США прокурорським працівникам, якби не був упевнений у тому, що слідчий Ш. і прокурор С. мають можливість з використанням свого службового становища прийняти бажані для нього рішення в межах розслідування кримінальної справи за ст. 191 КК?

На користь обстоюваного мною та іншими дослідниками [8, с. 41–43] підходу вказує і п. 39 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції проти корупції, у якому наголошується на призначенні кримінально-правових заборон на кшталт ст. 368 КК. Йдеться про те, що вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй з метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабара. Хабародавець може й не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, проте для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації, а ця довіра помітно ослабла б навіть і в тому разі, якби посадова особа діяла так і не доставши хабара.

Частково викладений підхід сприймається судовою практикою. Так, за ч. 3 ст. 368 КК було кваліфіковано дії міського голови м. Ніжина, який одержав 420 тис. доларів США за передачу в інтересах хабародавця у власність одного ТОВ нежитлового приміщення. Підтверджуючи правильність указаної кваліфікації й спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що дії останнього не можуть кваліфікуватися за ст. 368 КК, оскільки рішення про виділення у власність нежитлового приміщення приймалося колегіальним органом (міською радою на сесії), Судова палата у кримінальних справах ВСУ в постанові від 13 листопада 2014 р. (справа № 5020кс14) зазначила таке. Представник влади, одним із яких є керівник органу місцевого самоврядування, не має право одержувати будь-яку винагороду у зв'язку зі здійсненням своїх службових повноважень. Кримінальна відповідальність за ст. 368 КК настає в тому разі, коли особа, яка дає хабар службовій особі (зокрема голові міської ради), усвідомлює, що дає його саме такій особі та у зв'язку з можливостями її посади, а особа, яка одержує незаконну винагороду (хабар), розуміє (не може не розуміти) значущість займаної нею посади, її статусність та можливості. Ураховуються також вагомість цієї посади у сприйнятті хабародавця, мета, яку переслідує останній, та його переко-

наність у тому, що ця мета буде досягнута завдяки можливостям посади, яку обіймає хабароодержувач (постанова).

За такою ознакою, як суб'єкт (ним є «публічна» службова особа), каране за ст. 368 КК прийняття пропозиції, обіцянки або одержання чи прохання службовою особою неправомірної вигоди треба відмежовувати від складів злочинів, передбачених ст. ст. 354, 368-3, 368-4 КК. Ст. 368 КК не охоплюються випадки одержання неправомірної вигоди особою, яка визнається службовою, за виконання (невиконання) нею таких дій, які, не будучи використанням службового становища, є її професійною діяльністю, позбавленою владного, організаційно-розпорядчого або адміністративно-господарського характеру. Учинене в такій ситуації може кваліфікуватися за ст. 354 КК.

Так, визнаючи обґрунтованим засудження начальника юридичного відділу райдержадміністрації за ст. 368 КК і спростовуючи заяву захисника засудженого про те, що останній одержав гроші не як хабар, а як плату за роботу юриста з використанням спеціальних професійних знань (за виготовлення проєктної документації та її оформлення), Судова палата у кримінальних справах ВСУ в постанові від 5 вересня 2013 р. (справа № 5-28кс13) зазначила, що засуджений одержав саме хабар (неправомірну вигоду) за використання своїх службових повноважень, а не плату за надання юридичних послуг. До кола службових повноважень начальника юридичного відділу належало погодження проєктів розпоряджень із земельних та інших правових питань, а також виконання дій, від яких залежав кінцевий результат розгляду звернення.

Традиційно в судовій практиці суб'єктами злочину, передбаченого ст. 168 КК 1960 р. і ст. 368 чинного КК, визнавались особи, діяльність яких характеризується різноманітністю й уключає в себе виконання не лише професійних обов'язків, а й обов'язків організаційно-розпорядчого характеру (лікарі – у разі зловживання повноваженнями, пов'язаними з видачею листків тимчасової непрацездатності, з участю в роботі призовних комісій і проведенням медико-соціальної експертизи; викладачі – за порушення обов'язків, покладених на них як на членів кваліфікаційних та екзаменаційних комісій тощо). Викладена позиція знаходила відображення, зокрема у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 30 березня 1990 р. № 4 «Про судову практику у справах про зловживання владою чи службовим становищем, перевищення влади чи службових повноважень, халатність і службове підроблення». Фактично тут йшлося про окремий випадок виконання певними особами організаційно-розпорядчих обов'язків (функцій), не пов'язаних з управлінням підлеглими працівниками. Уважалося, що в подібних ситуаціях указані особи реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини,

видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків, тобто врешті-решт їх діяльність носить організаційно-розпорядчий характер, а отже, вони набувають якості службової особи. Показово, що в літературі (якраз у контексті кримінально-правової оцінки юридично значущої діяльності лікарів, викладачів та інших професіоналів) під організаційно-розпорядчими інколи пропонується розуміти не лише «внутрішньо-службові» повноваження з управлінням підлеглими (колективом, галуззю, органом, установою, окремими працівниками), а й повноваження з наділення інших осіб, уключаючи юридичних, правами та обов'язками, а так само зі зміни обсягу цих прав та обов'язків або їх припинення [9, с. 12, 14].

Зазначу, що зміст організаційно-розпорядчих функцій як характеристики кримінально-правового поняття службової особи в чинному КК не розкривається. При цьому треба брати до уваги таке: якщо організаційний – це той, що пов'язаний з організацією чого-небудь, то розпоряджатись означає не лише мати щось у своєму розпорядженні, а й діяти по відношенню до кого-, чого-небудь на свій розсуд [10, с. 853, 1258]. При цьому в тексті КК указані слова використовуються не відокремлено, а в поєднанні. Отже, з урахуванням етимології слова «організаційно-розпорядчий», матеріально-правового імперативу конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», а також змісту відсотоналених ст. ст. 354, 358 КК, які дозволяють давати кримінально-правову оцінку зловживанням відповідних професіоналів, поширювальне тлумачення законодавчого звороту «організаційно-розпорядчі функції» видається неприйнятним. Відповідно, указані функції слід зводити саме й лише до керівництва службовою діяльністю підлеглих чи певною галуззю або ділянкою роботи, а при визнанні тієї чи іншої особи службовою – суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК, не повинен братися до уваги такий критерій, як повноваження вчиняти по службі юридично значущі дії, що породжують виникнення, зміну або припинення правовідносин. На користь зробленого висновку свідчить і та обставина, що вітчизняний КК не містить положення, подібного до п. 4 ст. 4 КК Республіки Білорусь. Відповідно до цієї норми службовими особами (поряд із тими, хто виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські обов'язки) визнаються й ті особи, які у встановленому порядку уповноважені на вчинення юридично значущих дій.

У юридичній літературі висловлюються й інші аргументи на користь невизнання зазначених професіоналів службовими особами. Так, зазначається, що пацієнт та його роботодавець, студент чи абітурієнт не підлегли по службі, відповідно, лікарю, який видає листок тимчасової непрацездатності, або викладачу, який виставляє екзаменаційну оцінку, а тому визнання організаційно-розпорядчими функцій, здійснюваних у

таких правовідносинах, не ґрунтується на законі. Зазначені функції пов'язані з розпорядництвом, але не з організацією. До того ж допуск студента до сесії, переведення його на наступний курс, відрахування з вишу тощо належить до повноважень не викладача-екзаменатора, а адміністрації вишу; оформлення ж різноманітних документів (поряд із власне лікуванням) вкочається в професійну діяльність лікаря. Якщо ж акцентувати увагу саме на юридичних наслідках службової діяльності, то виходить, що викладач, який за неправомірні вигоди не фіксує відсутність студентів, наприклад, на практичних заняттях, також є службовою особою, адже наслідком такої відсутності може бути нескладання іспиту й відрахування з вишу [11, с. 191-209; 12, с. 105-107]. Узагалі питання кваліфікації корупційної поведінки так званих професіоналів (уключаючи згаданих лікарів і викладачів) – тема окремої розмови, у зв'язку з чим обмежимося нижченаведеними міркуваннями.

Одним із суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК, є працівник підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою. Уважаю, що це негативне законодавче застереження потребує уточнення, оскільки можливі ситуації, коли службова особа при одержанні неправомірної вигоди виступає не як управлінець, а як професіонал (наприклад, головний лікар одержує неправомірну вигоду за проведення операції, а завідувач кафедри – за виставлення «потрібної» оцінки на іспиті). Зазначені й подібні до них дії таких суб'єктів, незважаючи на їх належність до числа службових осіб, за наявності підстав мають кваліфікуватися за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК, а не за ст. 368 КК. Сказане стосується й лікаря, який ставить діагноз, здійснює обстеження, лікування, проводить операцію, і викладача, який навчає, виховує, передає знання й контролює їх засвоєння. Якщо прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди або її одержання вчиняється тим, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, учинене має кваліфікуватися за ч. 3 (ч. 4) не ст. 354, а ст. 368-4 КК.

При цьому слід урахувувати, що в ч. 3 ст. 368-4 КК спочатку наводиться приблизний (незакритий), але конкретизований (казуїстичний) перелік осіб, які є суб'єктами одержання неправомірної вигоди, прийняття її пропозиції, обіцянки, а потім указується на те, що до цих суб'єктів належать й інші особи, здійснення професійної діяльності яких пов'язане з наданням публічних послуг. У випадку визнання суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-4 КК, особи, прямо не віднесеної законодавцем до числа тих, хто надає публічні послуги, таке рішення правозастосувача має аргументуватись у процесуальних документах. Разом з тим законодавчий зворот «іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг» повинен підлягати обмежувальному тлумаченню.

ченню, оскільки: по-перше, усі сумніви мають тлумачитися на користь особи, діяння якої кваліфікується, а чинне законодавство не містить чіткого визначення поняття «публічні послуги» (фактично воно є оціночним); по-друге, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» віднесення інших осіб (крім аудиторів, нотаріусів, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих, незалежних посередників, членів трудового арбітражу, третейських суддів під час виконання ними цих функцій) до тих, хто надає публічні послуги, має бути визначено законом. З викладеного випливає негативна відповідь на питання про віднесення до числа осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, наприклад, лікарів під час оформлення ними листків тимчасової непрацездатності й викладачів при прийнятті ними листків та екзаменів (при тому, що відповідні результати професійної діяльності таких осіб фіксуються в офіційних документах і набувають обов'язкового значення для інших учасників правовідносин). Повторю, що за наявності підстав указані професіонали за свою корупційну поведінку можуть нести відповідальність за ст. 354 КК.

Одержання службовою особою неправомірної вигоди, поєднане з вимаганням (ч. 3 ст. 368 КК), треба відрізнити від такого злочину проти власності, як вимагання, учинене службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК). Указане питання кваліфікації докладно висвітлив В.М. Киричко [13, с. 162–164]. Науковець при здійсненні вказаного відмежування пропонує робити наголос на з'ясуванні тих відносин, яким головним чином завдається шкода злочинною поведінкою службової особи. Загалом погоджуючись з таким підходом та кримінально-правовою оцінкою конкретних ситуацій, запропонованих дослідником, водночас зауважу, що мені імпонує точка зору Л.П. Брич, яка вельми скептично налаштована щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину [14, с. 234]. До міркувань В.М. Киричка варто додати, що вимагання як кваліфікуюча ознака одержання неправомірної вигоди, учиненого службовою особою, може набувати завуальованого вигляду в той час, як каране за ч. 2 ст. 189 КК вимагання, учинюване службовою особою з використанням свого службового становища, завжди передбачає відкрите пред'явлення певної майнової вимоги. Відрізняються порівнювані діяння й за предметом, адже неправомірна вигода може носити й немайновий характер, що не характерно для вимагання як злочину проти власності.

Однак якщо йдеться про відкрити форму вимагання службовою особою неправомірної (причому майнової) вигоди, то в цій частині такі кримінально-правові норми, як ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 189 КК, перебувають у відносинах навіть не конкуренції, а колізії [1, с. 112–115, 169]. Адже згадані

норми, хоч і спрямовані на врегулювання одних і саме відносин (в обох ситуаціях виникає загроза заподіяння шкоди правам, свободам і законним інтересам особи внаслідок протиправного використання службовою особою, який висуває майнову вимогу, свого службового становища), змістовно відрізняються між собою й суперечать одна одній.

Долаючи позначену колізію й беручи до уваги напрацювання доктрини (передусім праці В.М. Киричка і Н.М. Ярмиш), слід виходити з того, що законний інтерес, який належить особі відповідно до чинного законодавства та який страждає при вимаганні неправомірної вигоди (ч. 3 ст. 368 КК), з'являється не в момент заявлення відповідної погрози й сприйняття її потерпілим (що характерно для ч. 2 ст. 189 КК), а раніше – при виникненні у сфері службової діяльності відносин між особою, яка вимушена згодом надати неправомірну вигоду, і службовою особою. Відповідно, якщо законний інтерес особи, що ставиться під загрозу службовою особою та у зв'язку з яким висувається майнова вимога, «створюється» самою ж службовою особою, і з цього моменту сприймається потерпілим, вимога передачі майнових благ повинна кваліфікуватися не як злочин у сфері службової діяльності, а як вимагання, учинене службовою особою з використанням службового становища. Так, ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 189 КК, убачаються в діях того працівника національної поліції, який вимагає від особи певну грошову суму, погрожуючи у випадку невиконання його вимоги штучно створити докази вчинення особою злочину («підкинути» зброю, наркотики тощо) і здійснити у зв'язку з цим кримінальне переслідування особи.

Висновки. *По-перше*, поява в КК ст. 369-2, присвяченої зловживанню впливом, фактично означає, що законодавець з усіх проявів одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною таку форму, як одержання неправомірної вигоди за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не має права. Відповідно, у розглядуваній частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватися шляхом надання переваги спеціальній нормі. *По-друге*, одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні вказаного поняття) об'єктивно вчинити неспроможна, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи), має кваліфікуватися не за ст. 190 КК «Шахрайство», а як службовий злочин за ст. 368 КК. *По-третє*, відсутні достатні підстави визнавати службовими осіб, які реалізують надані їм по службі повноваження вчинювати юридично значущі дії, здатні

породжувати, змінювати або припиняти правовідносини, видавати за власним підписом або печаткою організації документи, які надають права та звільняють від обов'язків. Даючи кримінально-правову оцінку корупційній поведінці вказаних осіб, слід, зокрема, виходити із законодавчої невизначеності поняття публічних послуг і тексту ст. 354 КК, чинна редакція якої передбачає відповідальність за повноцінний корупційний злочин. *Почетверте*, відмежовуючи одержання службовою особою неправомірної вигоди, поєднане з вимаганням (ч. 3 ст. 368 КК), від вимагання, учиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК), як злочину проти власності, слід передусім урахувати колізійність указаних кримінально-правових заборон.

Використані джерела:

1. Ярмаш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : навч. посіб. / Н. М. Ярмаш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 192 с.
2. Гладун О. З. Малозначність кримінальних і адміністративних корупційних правопорушень / О. З. Гладун // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2012. – № 2. – С. 103–112.
3. Дудоров О. Малозначність діяння та проблеми її визначення в судовій практиці України / О. Дудоров, Є. Письменський // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : матеріали VI Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Одеса, 18 грудня 2015 року / редкол. : проф. Берназ В. Д., проф. Стрельцов Є. Л., проф. Орловська Н. А., доц. Нелед-ва Н. В. – Одеса, 2015. – С. 8–18.
4. Дудоров О. О. Про відмежування зловживання впливом від одержання неправомірної вигоди (на прикладі кваліфікації дій «колядника» І. Зварича) / О. О. Дудоров // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : Збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 68–78.
5. Кучерявий Н.П. Ответственность за взяточничество / Н.П. Кучерявий. – М. : Госюриздат, 1957. – 188 с.
6. Волженкин Б.В. Ответственность за взяточничество / Б.В. Волженкин, В.Е. Квашиш, С.Д. Цакиган. – Ер. : Айастан, 1988. – 200 с.
7. Пономарьова Т.І. Одержання неправомірної вигоди шляхом зловживання довірою : проблеми кваліфікації / Т.І. Пономарьова // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : Збірник матеріалів III Міжнародної науково-практичної конференції, 3 квітня 2015 року, м. Харків. – Х. : Золота миля, 2015. – С. 180–182.
8. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : окремі

тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задою. – К. : ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. – 135 с.

9. Бриллиантов А. Должностное лицо : организационно-распорядительные функции / А. Бриллиантов, П. Яни // Законность. – 2010. – № 6. – С. 11–15.

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додат. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

11. Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України : монографія / Р.Л. Максимович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 304 с.

12. Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях / А.В. Шнитенков. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2006. – 331 с.

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

14. Брич Л. Значення видів об'єкта й таких ознак, як предмет і потерпілий у розмежуванні суміжних складів злочинів між собою і для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими злочинами / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2007. – Вип. 44. – С. 226–243.

Дудоров А.А. Проблемы квалификации преступления, предусмотренного статьей 368 Уголовного кодекса Украины

В статье рассматриваются проблемные вопросы квалификации преступления «принятие предложения, обещания или получение неправомерной выгоды должностным лицом». В частности, речь идет о: возможности признания преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 368 Уголовного кодекса Украины, малозначительным деянием; отграничении данного преступления от злоупотребления влиянием как самостоятельного коррупционного деликта; квалификации получения должностным лицом неправомерной выгоды за действие (бездействие), которое это лицо с учетом его служебного положения объективно совершить не способно; соотношении получения должностным лицом неправомерной выгоды, сопряженного с вымогательством, и такого преступления против собственности, как вымогательство, совершенное должностным лицом с использованием своего служебного положения.

Ключевые слова: *неправомерная выгода, квалификация, малозначительность, должностное лицо, использование служебного положения, злоупотребление влиянием, коррупция.*

Dudorov O. Issues of Statutory Interpretation of Crime Under Article 368 of the Criminal Code of Ukraine

The problem issues of interpretation of the crime «acceptance of an offer, promise or receipt of undue advantage by an official» are researched in the article. It is discussed, in particular: the opportunity of recognizing offense under part 1 of Art. 368 of the Criminal Code of Ukraine, as insignificant act; distinguishing this crime from administratively punishable violation of restrictions on receiving gifts, an also from the abuse of influence as an independent corruption tort; interpretation of obtaining by an

official of unlawful benefit for the act (inaction) that such person on the basis of his office is not able to objectively commit; recognition of a person as official on the basis of exercising of administrative and regulatory functions; correlation of obtaining by an official of unlawful benefit, combined with extortion, with the crime against property, such as extortion, committed by a person using his official position.

It is established that the term «with exercising of granted power or official position» in terms of qualification under Art. 368 of the Criminal Code of Ukraine is not limited to actions (inaction) within the official competence and includes the use by official of opportunities, provided by his position. However, the emergence of Art. 369-2 in the Criminal Code effectively means that legislator from all manifestations of obtaining unlawful benefit sees as less socially dangerous such form as obtaining unlawful benefit by taking by an official because of his official position measures to commit desirable actions by other officials, that the recipient of illegitimate benefits himself is not allowed to exercise. It is proved that in the part reviewed there is competition of general (Art. 368 of the Criminal Code) and special (part 2 and part 3 of Art. 369-2 of the Criminal Code) provisions, which should be resolved by giving preference to a special norm.

A position is argued that obtaining of undue advantage by an official for action (inaction) that person based on his office (even in the broadest meaning of this term) is not able to commit, although such action (inaction) is desired to the one, who gives undue advantage (or to the third party) should be interpreted not under Art. 190 «Fraud», but as an official crime under Art. 368 of the Criminal Code of Ukraine. The ambiguity of the existing judicial practice on the mentioned qualification issue is noted.

The content of organizational and administrative functions as characteristics of the criminal law concept of public official are revealed. A conclusion is made on the unfounded recognition of officials, who realize powers to make legally meaningful actions, are able to generate, modify or terminate relations, to issue documents under their own signature or seal that give rights and exempt from duties. The issue of criminal law assessment of corrupt behavior of mentioned people is looked at.

Key words: *unlawful benefit, statutory interpretation, insignificance, official, of using official position, undue influence, corruption.*

УДК 343.98

В.А. Журавель

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ КРИМІНАЛІСТИКИ: ГЕНЕЗА ТА СУЧАСНИЙ СТАН

У статті розглянуто генезу та сучасний стан загальної теорії як структурного елемента системи науки криміналістики. Запропоновано етапи становлення та розвитку загальної теорії криміналістики, визначено дискусійні питання щодо її структури та змісту, окреслено шляхи оптимізації наукових розробок у цій царині знань, висловлено авторське бачення можливих напрямів модернізації загальної теорії криміналістики.

Ключові слова: *загальна теорія криміналістики, окремі криміналістичні теорії (учення), генеза загальної теорії криміналістики, сучасний стан загальної теорії криміналістики.*