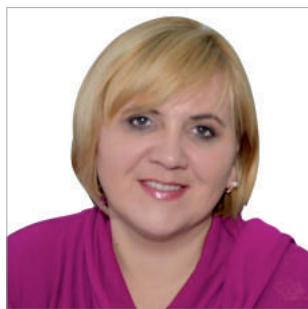


# ЩОДО ІМУНІТЕТУ ВІД КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ВИСОКОПОСАДОВЦІВ



**З. А. Загиней**

начальник відділу кримінально-правових дисциплін Інституту спеціальної підготовки Національної академії прокуратури України, доктор юридичних наук, доцент



**О. О. Кваша**

провідний науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор

Успішність реалізації будь-яких заходів у сфері протидії корупції напряму залежить від якості законодавства України (як антикорупційного, так і регулятивного чи охоронного), що забезпечує діяльність держави, її інституцій. Відповідною якістю повинні характеризуватися й кримінально-правові норми, в яких містяться склади корупційних злочинів, передбачаються заходи реагування на їх учинення. Проблема якості кримінального закону України пов'язана з вирішенням різного роду проблем, зокрема, й тих, які стосуються законодавчих конструкцій кваліфікованих складів

корупційних злочинів. Адже правильне обрання кваліфікуючих ознак, конструювання за їх допомогою кваліфікованих складів корупційних злочинів зумовлює належне реагування держави на факти їх учинення. Також відповідної уваги науковців потребує й проблема запозичення у кримінально-правову матерію антикорупційної термінології і, навпаки, використання у Законі України «Про запобігання корупції» кримінально-правових понять, що зумовлює встановлення їх змісту у процесі правозастосування. Як вдало вказував М. І. Панов, необхідною умовою забезпечення

якості кримінального законодавства, у процесі його формування та удосконалення, є врахування наявності об'єктивно існуючих системних відносин і зв'язків (зовнішніх та внутрішніх) елементів цього складного явища [1]. Такими явищами є кримінально-правові норми, що вміщені у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) та у Законі України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) [2].

У теорії кримінального права України проблема законодавчих конструкцій корупційних складів злочинів, зокрема, й кваліфікованих, ще не стала предметом скру-

пульозного вивчення. Науковці зазвичай обмежуються тлумаченням кваліфікуючих ознак відповідних складів злочинів, не заглиблюючись у їх зміст та не враховуючи специфіку законодавчої моделі кваліфікованих складів злочинів. У царині кримінально-правового дослідження проблеми встановлення ознак незаконного збагачення, а також інших корупційних злочинів виокремимо праці О. З. Гладуна, Р. Л. Максимовича, Д. М. Михайленка, А. С. Осадчої, М. І. Хавронюка, Н. М. Ярмиш, І. М. Ясін та ін. Однак у них недостатньо мірою вирішена проблема суб'єкта незаконного збагачення, яка пов'язана з недоліками конструювання кваліфікованого складу цього злочину, що зумовлює ряд проблем, з якими можуть стикнутися практичні працівники під час кваліфікації за ст. 368-2 КК України.

Метою статті є визначення такої ознаки складу незаконного збагачення (ст. 368-2 КК України), як суб'єкт злочину, зокрема, тлумачення понять «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», «особа, яка займає відповідальне становище», «особа, яка займає особливо відповідальне становище», а також виявлення недоліків законодавчого конструювання кваліфікованих складів незаконного збагачення.

Згідно з чинною редакцією ст. 368-2 КК України суб'єктом незаконного збагачення визнається особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, якою згідно з приміткою ст. 368-2 Кодексу, є особа, зазначена у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону [3]. Таким чином, диспозиція ч. 1 ст. 368-2 КК України у частині визначення суб'єкта злочину – бланкетна та відсилає для з'ясування змісту відповідної ознаки основного складу злочину до антикорупційного закону України.

Проте суб'єкт незаконного збагачення у попередніх, уже нечинних, редакціях ст. 368-2 КК України називався по-іншому. Так, у первісній редакції цієї статті суб'єктом основного складу злочину була названа службова особа. Лише після прийняття Закону ст. 368-2 Кодексу була викладена у новій редакції, і в текст її диспозиції потрапив термінологічний зворот з антикорупційного законодавства – особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Суб'єктом зловживання впливом (ст. 369-2 КК України) також названа така особа. Окрім того, суб'єктом декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України) є суб'єкт декларування, який згідно з приміткою цієї статті, що відсилає до ст. 45 Закону, визнається частиною поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави». «Чи правильним був такий шлях запозичення у термінологічне поле КК України термінології з антикорупційного законодавства?» На це запитання можна буде дати відповідь згодом. Оскільки ще минуло не так багато часу з моменту набрання чинності відповідних кримінально-правових норм. Однак певні недоліки такого кроку, що призводять до пробільності законодавства, вже можна констатувати.

Так, перелік осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, міститься у ст. 3 Закону. Зауважимо, що суб'єктом незаконного збагачення є лише особи, зазначені у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону. Перелік таких осіб є казуїстичним та умовно-орієнтовним, адже окрім їх вичерпного переліку законодавець все ж залишає відкритим цей перелік, оскільки вказує, що до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, належать посадові та службові особи інших

державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим (АРК) (пп. «и» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону). Здавалося б, цим вирішуються всі складні запитання. Однак така відкритість казуїстичного переліку створює проблему, оскільки вказівка на державний орган унеможлиблює віднесення до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, тих осіб, функції яких є спорідненими до тих, що перераховані у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону. Однак установа, в якій вони ці функції виконують, належить до установ чи організацій, але не до державних органів. Адже державний орган визначається у ст. 1 Закону як орган державної влади, в тому числі колегіальний державний орган, інший суб'єкт публічного права, незалежно від наявності статусу юридичної особи, якому згідно із законодавством надані повноваження здійснювати від імені держави владні управлінські функції, юрисдикція якого поширюється на всю територію України або на окрему адміністративно-територіальну одиницю [2].

Наприклад, у пункті 1 ч. 1 ст. 3 Закону не вказано на таких посадових осіб, як Глава Адміністрації Президента України (далі – АПУ), його перший заступник та заступники. Згідно з п. 9 Положення про Адміністрацію Президента України Глава АПУ здійснює загальне керівництво АПУ, спрямовує її діяльність на ефективне забезпечення здійснення Президентом України визначених Конституцією України повноважень, представляє АПУ у відносинах з іншими органами, підприємствами, установами та організаціями; подає на підпис Президенту України проекти указів, розпоряджень та доручень Президента України, закони України, що надійшли на підпис Главі держави, проекти пропозицій Президента України до законів

для застосування щодо них права вето, конституційних подань Президента України до Конституційного Суду України (КС України), листів та інших документів, підписує додатки до актів Президента України; координує діяльність Першого заступника та заступників Глави АПУ, Керівника апарату АПУ, радників Президента України, Прес-секретаря Президента України, уповноважених Президента України, забезпечує координацію роботи структурних підрозділів Адміністрації; забезпечує координацію роботи консультативних, дорадчих та інших утворених Президентом України допоміжних органів і служб, їх взаємодію із структурними підрозділами АПУ; організовує контроль за виконанням указів, розпоряджень та доручень Президента України; вносить Президенту України пропозиції щодо призначення на посади і звільнення з посад Першого заступника, заступників Глави АПУ, Керівника апарату АПУ, радників Президента України, Прес-секретаря Президента України, уповноважених Президента України; визначає порядок відвідування громадянами та охорони адміністративних будинків і службових приміщень АПУ; затверджує в установленому порядку штатний розпис АПУ, структуру самостійних структурних підрозділів АПУ; реалізовує в межах повноважень, визначених законодавством, державну політику у сфері охорони державної таємниці тощо [3].

Глава АПУ, його перший заступник та заступники, на нашу думку, не можуть бути віднесені до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, оскільки відповідні посади не зазначені у жодному з підпунктів п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону (підпункти «а»-«з» та підпункт «і»). Не можуть бути віднесені вказані вище посади і до посадових та службових осіб

інших державних органів, органів влади АРК, адже АПУ не є державним органом у розумінні Закону. Відповідно до п. 1 Положення про АПУ, Адміністрація є постійно діючим допоміжним органом, утвореним Президентом України відповідно до п. 28 ч. 1 ст. 106 Конституції України. Отже, АПУ не належить до органів державної влади, оскільки офіційно має статус допоміжного органу.

Таким чином, доходимо висновку, що Глава АПУ, його перший заступник та заступники не можуть бути суб'єктами незаконного збагачення (ч. 1 ст. 368-2 КК України). Не можуть визнаватися ці посадові особи й суб'єктами декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України). Також вони не є об'єктами впливу у складі злочину, передбаченого у ст. 369-2 «Зловживання впливом» КК України. Хоча якби ці особи вчинили відповідні протиправні дії, наприклад, у 2012 р., вони могли б визнаватися суб'єктом незаконного збагачення, оскільки належали до службових осіб (за ознакою виконання організаційно-розпорядчих функцій), які й визнавалися законодавцем суб'єктом незаконного збагачення.

З історичного екскурсу у нормативне регулювання правового статусу керівництва АПУ вбачається, що згідно з Законом України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. керівники АПУ були віднесені до першої категорії посад державних службовців (ч. 2 ст. 25) [4]. А тому згідно з підпунктом «в» пункту 1 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7.04.2011 р. вони як державні службовці визнавалися особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [5]. Більше того, Глава, Перший заступник та заступники голови АПУ належали до таких осіб і згідно з чинним Законом України

«Про запобігання корупції» до моменту набрання чинності Законом України «Про державну службу» від 10.12.2015 р. (1.05.2016 р.), згідно з яким ці посадові особи були «виведені» зі сфери правового регулювання законодавства України про державну службу [6]. А тому з дати набрання чинності цим законом на Главу АПУ, його Першого заступника та заступників не поширюється й антикорупційне законодавство України.

Абсурдність цієї ситуації очевидна, оскільки згідно з Переліком посад з високим або підвищеним рівнем корупційних ризиків, затвердженого рішенням НАЗК від 17.06.2016 р. № 2, до таких посад належать посади Глави АПУ та його заступників [7], які у розташовані у цьому переліку на першому місці. Це означає, що НАЗК визначило, що відповідні посади характеризуються найвищим рівнем корупційних ризиків у державі.

Очевидно, це не єдина «правова ніша» та «правовий привілей» стосовно окремих категорій службових осіб, які фактично не підлягатимуть кримінальній відповідальності за ряд корупційних та квазікорупційних злочинів, оскільки не віднесені законодавцем до суб'єктів цих злочинів. Кількість таких законодавчих прогалин можна буде виявити лише у процесі правозастосування.

Суб'єктом трьох складів злочинів у КК України названо службову особу, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище. При цьому відповідна ознака складу злочину належить до кваліфікуючих (чч. 3, 4 ст. 368, чч. 2, 3 ст. 368-2, чч. 3, 4 ст. 369, ч. 3 ст. 382 Кодексу). Водночас відповідні термінологічні звороти використовуються і в Законі. Зокрема, згідно з абз. 2 ч. 1 ст. 50 цього Закону декларації службових осіб, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище, підлягають обов'язковій повній перевірці.

Особливістю регулювання кримінально-правових та антикорупційних правовідносин є те, що поняття «службова особа, яка займає відповідальне становище» та «службова особа, яка займає особливо відповідальне становище» роз'яснюються у вказаних вище нормативних актах (примітки 2, 3 ст. 368 КК України, примітка ст. 50 Закону). У кожному з них вказано, що відповідна дефініція поширюється лише на передбачені статті (наприклад, визначення вказаних вище понять поширюється у примітках 1 та 2 ст. 368, застосовується щодо цієї статті, а також щодо ст. ст. 368-2, 369, 382 КК України). Вказівка на чинність законодавчих дефініцій означає, що, наприклад, визначення понять, вміщене у Законі, до статей КК не застосовується. Цьому, очевидно, є об'єктивні причини, оскільки антикорупційні правовідносини є відмінними від кримінально-правових. А тому з метою їх урегулювання Закон може містити дефініції понять у відмінному значенні порівняно з іншими нормативними актами.

Це має місце відносно визначень понять «службова особа, яка займає відповідальне становище» та «службова особа, яка займає особливо відповідальне становище». Як вбачається з їх порівняння, до осіб, які займають особливо відповідальне становище, належать такі особи, які не зазначені у КК України: член, інспектор Вищої ради правосуддя та Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Водночас Голова КС України, його заступники та судді КСУ, Голова Верховного Суду України (далі – ВС України), його перший заступник, заступники та судді ВС України, голови вищих спеціалізованих судів, їх заступники та судді вищих спеціалізованих судів належать до осіб, які займають відповідальне становище згідно з Законом,

та до осіб, які займають особливо відповідальне становище відповідно до КК України.

Незважаючи на специфічність предмета правового регулювання антикорупційного законодавства та кримінального права, все ж доцільним є застосування у системі законодавства України єдиної термінології. Надання одному і тому ж поняттю різного значення у системі нормативних актах може мати місце лише за наявності виняткових обставин та вагомих підстав.

Варто звернути увагу й на те, що у ст. ст. 368, 369 та 382 КК України кваліфікуючі ознаки, пов'язані з вчиненням відповідних злочинів особами, які займають відповідальне або особливо відповідальне становище, виокремлені з такої ознаки основних складів, як суб'єкт вчинення (ним є службова особа) (злочин, передбачений у ст. 369 КК України, ураховуючи положення про необхідну співучасть з особою, яка вчиняє злочин, передбачений у ст. 369 КК України, вчиняється відносно службової особи). Водночас у складі злочину, передбаченого у ст. 368-2 «Незаконне збагачення» КК України, вбачається певний «нормативний дисонанс» у вигляді виокремлення кваліфікуючих ознак відповідного складу злочину та, відповідно, конструювання кваліфікованих складів незаконного збагачення.

Як було зазначено вище, суб'єктом незаконного збагачення названо особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, якою згідно з приміткою ст. 368-2 КК України є особа, зазначена у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону. Таким чином, диспозиція ч. 1 ст. 368-2 КК України у частині визначення суб'єкта злочину – бланкетна та відсилає для з'ясування змісту відповідної ознаки основного складу злочину до антикорупційного закону.

Водночас відповідальність за незаконне збагачення дифе-

ренційована законодавцем з урахуванням ознак спеціального суб'єкта злочину: вчинення злочину службовою особою, яка займає відповідальне становище (ч. 2), або службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище (ч. 3). Дефініції вказаних вище понять закріплено у чч. 2 та 3 примітки ст. 368 КК України. Як вбачається з їх аналізу, бланкетність відповідних формулювань пов'язана вже не з Законом, а з Законом України «Про державну службу». У цьому, на нашу думку, вбачається недолік нормотворчої техніки конструювання кваліфікованих складів злочинів, передбачених у ст. 368-2 КК України. Адже кваліфіковані склади, як прийнято у кримінально-правовій науці, повинні включати ознаки основного складу (конститутивні ознаки), а також одну або декілька кваліфікуючих ознак, наявність яких власне й посилює кримінальну відповідальність особи. Однак, як вбачається з аналізу конститутивних ознак незаконного збагачення (ч. 1) та кваліфікуючих ознак відповідного складу злочину (чч. 2 та 3), законодавець при конструюванні кваліфікованих складів не додав кваліфікуючі ознаки, змінив зміст такої ознаки як суб'єкт злочину. У цьому, на нашу думку, й вбачається недолік нормотворчої техніки, про який йшлося вище.

Так, той же Глава АПУ, його перший заступник та заступники не можуть визнаватися службовими особами, які займають відповідальне та особливо відповідальне становище, оскільки вони не віднесені до переліку таких осіб у примітці ст. 368 КК України. Не можуть відповідні посади відноситися і до осіб, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище на підставі інших критеріїв, зазначених у примітці ст. 368 КК України, оскільки відповідно до ст. 6

Закону «Про державну службу» [6] посади Глави АПУ, його першого заступника та заступника не віднесені до категорії посад державної служби категорій «А» та «Б».

У цьому контексті інша парадоксальна ситуація може виникнути стосовно тих осіб, які не належать до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, однак віднесені до службових осіб, які займають особливо відповідальне становище. Наприклад, радник Президента України. Ця особа не зазначена у переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, оскільки не належить до посадових та службових осіб органів державної влади (їх характеристика давалася вище). Згідно з п. 1 Положення про радника Президента України, посада радника Президента України належить до посад патронатної служби Президента України [5]. Нагадаємо, що Національне агентство з питань запобігання корупції у 2017 р. надало роз'яснення, відповідно до якого під посадовими та службовими особами інших державних органів слід розуміти працівників державних органів, які здійснюють функції представників влади або обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Державний службовець під час виконання своїх обов'язків не зобов'язаний виконувати доручення працівників патронатної служби, відповідно до ч. 2 ст. 9

Закону «Про державну службу». Наведене свідчить про відсутність обов'язковості будь-яких дій працівників патронатної служби, а тому й відсутність здійснення ними будь-яких функцій держави. Відповідно, працівники патронатної служби не є суб'єктами декларування [6].

Водночас, як вбачається з переліку осіб, які займають особливо відповідальне становище у примітці ст. 368 КК, радники Президента України віднесені до таких службових осіб. Парадоксальність цієї ситуації в аспекті кваліфікації за ст. 368-2 КК України – очевидна. Радники Президента України не визнаються за жодних обставин суб'єктами незаконного збагачення, оскільки не віднесені до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, проте їх відповідні протиправні дії, передбачені у ст. 368-2 КК України, можуть кваліфікуватися за ч. 3 цієї статті, оскільки радник Президента України належить до службових осіб, які займають особливо відповідальне становище. Це суперечить загальним підходам до кваліфікації та є алогічним. Адже виключення певної особи з переліку тих суб'єктів, які загалом не можуть підлягати відповідальності за вчинення злочину, що містить основний склад, фактично виключає й можливість притягнення її до відповідальності за вчинення діяння, що містить кваліфікований склад злочину.

Таким чином, як вбачається, казуїстичні переліки осіб, уповно-

важених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ст. 3 Закону), службових осіб, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище (чч. 2 та 3 примітки ст. 368 КК України), а також невдала відсилка для встановлення суб'єкта злочину, передбаченого у ст. 368-2 КК України, у першому випадку до Закону, а в другому – до Закону «Про державну службу», унеможливають віднесення певних категорій осіб до суб'єктів незаконного збагачення. Хоча за характером повноважень, визначених у законодавстві України, відповідні особи, які обіймають ті чи інші посади (у проаналізованому вище випадку – Глава АПУ, його перший заступник та заступники), могли б бути віднесені до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також до службових осіб, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище. Це, у свою чергу, унеможливає належне та адекватне реагування держави на фактичне вчинення відповідними посадовими особами суспільно небезпечних діянь, які, однак, не містять усіх складових підстави кримінальної відповідальності. Окрім того, як вбачається з наведеного вище аналізу, існує потреба в уніфікації термінології антикорупційного та кримінального законодавства України у частині визначення переліку службових осіб, які займають відповідальне або особливо відповідальне становище. ■

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Панов М. І. Системний підхід у кримінальному праві та проблеми удосконалення кримінального законодавства / Право України. – 2012. – № 6. – С. 227-241 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6310/1/Panov\\_227\\_241.pdf](http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/6310/1/Panov_227_241.pdf)
2. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>
3. Положення про Адміністрацію Президента України, затв. Указом Президента України від 02.04.2010 р. № 504/2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504/2010>
4. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. № 3723-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3723-12>
5. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011 р. № 3206-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3206-17>
6. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19>
7. Перелік посад з високим або підвищеним рівнем корупційних ризиків, затв. рішенням НАЗК від 17.06.2016 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nazk.gov.ua/perelik-posad-z-vysokym-ta-pidvyshchenym-rivnem-korupciynyh-ryzykiv>
8. Положення про радника Президента України, затв. Указом Президента України від 12.11.2014 р. № 870/2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/870/2014>
9. НАЗК дає роз'яснення щодо декларування працівників патронатної служби [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nazk.gov.ua/news/nazk-nadaye-rozjasnennya-shchodo-deklaruvannya-pracivnykiv-patronatnoyi-sluzhby>