



**ВИСНОВОК
ЩОДО УЗГОДЖЕНОСТІ МІЖ СОБОЮ
ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ
УКРАЇНИ, ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО
ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ», КРИМІНАЛЬНОГО
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ТА
КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ
ПРАВOPOPУШЕННЯ В АСПЕКТІ
КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ**

**Автор: Костянтин Задоя,
кандидат юридичних наук, доцент**

**Редактор: Микола Хавронюк,
доктор юридичних наук, професор**

КИЇВ – 2019



**ПРЯМУЄМО
РАЗОМ**



Центр політико-правових
реформ

Цей висновок підготовлено за підтримки Європейського Союзу в межах проекту Центру політико-правових реформ «Посилення ролі громадянського суспільства у забезпеченні демократичних реформ і якості державної влади».

Зміст висновку є предметом відповідальності Центру політико-правових реформ і не обов'язково відображає позицію Європейського Союзу.

СПИСОК СКОРОЧЕНЬ

ВСУ	Верховний Суд України
КАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
КК	Кримінальний кодекс України
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України

I. ВСТУП

1. Починаючи з 2009 року, Україна докладає значних зусиль для реформування національного кримінального законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини. Однак тривалий та багатоетапний характер цієї реформи не міг не породити проблему узгодженості між собою законодавчих положень, які тим або іншим чином стосуються кримінальної відповідальності за корупційні злочини.

2. **Метою** цього висновку є виявлення неузгодженостей у законодавстві, що має стосунок до відповідальності за корупційні злочини. Такі неузгодженості можуть мати вигляд очевидних та прямих суперечностей (колізій) або форму непослідовності законодавчих рішень, яка не може бути обґрунтована раціональними аргументами.

3. Для цілей цього звіту під корупційними злочинами будуть розумітися злочини, передбачені у примітці до статті 45 КК, а саме: злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368-369-2 цього Кодексу.

У цьому переліку можна умовно виокремити три групи корупційних злочинів:

а) корупційні злочини, що полягають у так званому активному та (або) пасивному підкупі (статті 354, 368–369-2 КК);

б) корупційні злочини, що полягають у заволодінні певними предметами шляхом зловживання службовим становищем (статті 191, 262, 308, 312, 313, 357, 410 КК);

в) корупційні злочини, що полягають у зловживанні владою, службовим становищем чи повноваженнями (статті 364, 364-1, 365-2 КК).

Крім того, злочини, передбачені статтями 210 та 320 КК, не можна віднести до жодної із трьох груп та й саме законодавче визнання цих злочинів корупційними є спірним¹.

4. Оскільки у правовій системі України кримінальна відповідальність за корупційні злочини може встановлюватися лише положеннями КК України, то саме його положення будуть «відправною точкою» цього висновку. Однак оскільки ці положення існують не у «правовому вакуумі», а в розгалуженій системі зв'язків між правовими актами різних галузей права, не можуть бути не взяті до уваги й інші законодавчі положення, які тим чи іншим чином стосуються відповідальності за корупційні злочини. Зокрема, йдеться про положення Закону «Про запобігання корупції», КПК та КАП.

1 Див. пар. 5 цього висновку.

II. НЕУЗГОДЖЕНОСТІ МІЖ ПОЛОЖЕННЯМИ ЗАКОНУ «ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ» ТА КК

5. Стаття 1 Закону «Про запобігання корупції» визначає *корупційне правопорушення* як діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальності. При цьому в тій самій статті *корупція* визначається як використання особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей.

З таким розумінням корупційного правопорушення не узгоджується визначення корупційного злочину, передбачене у примітці до ст. 45 КК². Проблема полягає в тому, що принаймні два з положень, перерахованих у цій примітці, встановлюють відповідальність за діяння, які не можна вважати корупційними правопорушеннями в розумінні ст. 1 Закону «Про запобігання корупції».

По-перше, ч. 1 ст. 320 КК встановлює відповідальність за порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, яке очевидно не відповідає ознакам корупційного правопорушення, передбаченим у ст. 1 Закону «Про запобігання корупції». Частина 2 ст. 320 КК містить низку кваліфікуючих ознак, одна з яких полягає в наслідку у вигляді «заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами чи прекурсорами шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем». Зловживання службовою особою своїм службовим становищем *per se*, звісно є проявом корупції. Однак у ч. 2 ст. 320 КК встановлено відповідальність не за один із різновидів зловживання службовою особою своїм службовим становищем, а за те, що порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів призвело до такого зловживання. Причому ставлення винного до такого наслідку має необережний характер.

По-друге, ст. 210 КК, яка криміналізує нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням, не містить вказівок на суб'єктивні ознаки складу злочину, які б свідчили про мету винного одержати неправомірну вигоду чи іншу подібну мету, згадану у визначенні корупції в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції».

2 Див. пар. 3 цього висновку.

6. Якщо у попередньому випадку положення КК мало би бути сформульоване більш стримано, у відповідності з положенням Закону «Про запобігання корупції», протилежна ситуація має місце з визначенням неправомірної вигоди. У ст. 1 Закону «Про запобігання корупції» це поняття визначається як «грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав». У свою чергу, п. 2 примітки до ст. 354 та примітка до ст. 364-1 КК відтворюють цю дефініцію у кримінальному законодавстві для цілей тлумачення окремих його положень про корупційні злочини. Такий прийом видається помилковим з двох причин:

а) слова «без законних на те підстав» виглядають виправданими у визначенні неправомірної вигоди в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції». Власне, вони і розкривають природу «неправомірності» вигоди. Однак сліпе «копіювання» згаданих слів у визначення неправомірної вигоди в кримінальному законодавстві вже не виглядає настільки однозначним. Зокрема, це створює враження, що при здійсненні кримінально-правової кваліфікації суд (слідчий, прокурор) для визнання вигоди неправомірною має встановити порушення суб'єктом злочину певного правила, передбаченого положеннями законодавства, підзаконними нормативно-правовими актами, посадовими інструкціями тощо, і лише це дозволить ідентифікувати відповідну вигоду як неправомірну. Насправді ж вчинення з певною вигодою тих чи інших діянь за наявності інших обставин, передбачених відповідним положенням кримінального закону, вже саме по собі свідчить про те, що вона (вигода) має неправомірний характер;

б) «копіювання» визначення неправомірної вигоди з антикорупційного законодавства у кримінальне не враховує того, що статті 354, 368, 368-3, 368-4, 369-2 КК встановлюють відповідальність ще й за вимагання такої вигоди чи прохання її надати³.

Загалом складається враження, що у п. 2 примітки до ст. 354 та примітці до ст. 364-1 КК законодавець не мав за мету визначити поняття неправомірної вигоди принципово інакше, аніж у ст. 1 Закону «Про запобігання корупції», наприклад шляхом обмеження кола предметів, що можуть являти неправомірну вигоду. У світлі цього доцільність спеціального визначення неправомірної вигоди відсутня. Для цілей тлумачення та застосовування кримінального закону можна спиратися на статтю 1 Закону «Про запобігання корупції», адаптуючи в процесі тлумачення цю дефініцію до кримінального законодавства. Зокрема, ігноруючи те, що в ст. 1 Закону «Про запобігання корупції» йдеться про менше коло можливих «операцій», що можуть вчинятися з неправомірною вигодою, аніж реально передбачає кримінальний закон⁴.

3 У ч. 2 ст. 369-2 також йдеться про пропозицію чи обіцянку здійснити вплив за надання неправомірної вигоди, але за своїм кримінально-правовим змістом такі діяння, очевидно, подібні до прохання надати неправомірну вигоду.

4 Див. попередній абзац висновку.

7. Примітка до ст. 369-2 КК містить відсилку не на чинний Закон «Про запобігання корупції», а на Закон «Про засади запобігання і протидії корупції», який вже втратив чинність.

Крім того, у тексті ст. 369-2 для позначенні особи, на яку повинен вплинути суб'єкт пасивного підкупу, використовується термін «особа, уповноважена на виконання функцій держави». При цьому примітка до ст. 369-2 КК відсилає до пунктів 1-3 частини 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», які, по-перше, являють частину переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, по-друге, реально згадують про осіб, що не мають стосунку до виконання функцій держави. Зокрема, в п. 3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» згадуються посадові особи місцевого самоврядування.

8. Стаття 96-3 КК та ч. 1 ст. 65 Закону «Про запобігання корупції» не повністю узгоджені між собою в частині підстав застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у випадку вчинення корупційних злочинів:

а) абз. 2 ч. 1 ст. 65 Закону «Про запобігання корупції» говорить про можливість застосування зазначених заходів лише у випадках, що знайшли відображення в п. 1 ч. 1 ст. 96-3 КК. Йдеться про ситуації, коли зв'язок між уповноваженою фізичною особою та юридичною особою позначається формулою «вчинення від імені та в інтересах юридичної особи її уповноваженою особою злочину». Тим самим абз. 1 ч. 1 ст. 65 Закону «Про запобігання корупції» ігнорує, що ч. 1 ст. 96-3 КК допускає застосування заходів до юридичних осіб і у випадках так званого «неконтрольованого діяння» (п. 2 ч. 1 ст. 96-3 КК): «незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення... злочин[у]»;

б) з іншого боку, формулювання абз. 2 ч. 1 ст. 65 Закону «Про запобігання корупції» виглядає точнішим за формулювання п. 1 ч. 1 ст. 96-3 КК, оскільки згадує про те, що злочин уповноваженої особи, через зв'язок з яким юридична особа зазнає несприятливих наслідків, може бути вчиненим уповноваженою особою у співучасті.

ІІІ. НЕУЗГОДЖЕНОСТІ МІЖ ПОЛОЖЕННЯМИ КК ТА КПК

9. Положення статей 96-1, 96-2 КК щодо спеціальної конфіскації не повністю узгоджені зі статтею 100 КПК:

а) ч. 9 ст. 100 КПК одночасно стосується і порядку вирішення судом питання про спеціальну конфіскацію (захід кримінально-правового характеру), і порядку так званого вирішення питання про долю речових доказів та документів (захід кримінально-процесуального характеру). При цьому останній із зазначених заходів регламентований у КПК вкрай несистемно, а в ч. 9 ст. 100

КПК немає чіткого розмежування між тим, які фрагменти цього положення стосуються спеціальної конфіскації, а які — вирішення питання про долю речових доказів та документів;

б) п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК передбачає конфіскацію майна (грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них) засудженого за вчинення корупційного злочину, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, його пов'язаної особи, якщо в суді не підтверджено законність підстав набуття прав на таке майно. Причому ця конфіскаційна процедура (подібна до так званої розширеної конфіскації) взагалі не згадується у положеннях КК.

10. Пункт 1 ч. 1 ст. 477 КПК вказує на те, що лише на підставі заяви потерпілого може бути розпочате слідчим, прокурором кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення щодо кримінальних правопорушень, передбачених статтями 364-1 та 365-2 КК. Однак злочини, відповідальність за вчинення яких передбачено цими статтями кримінального закону, можуть завдавати шкоду й громадським або державним інтересам, що робить спірним беззастережне віднесення проваджень щодо них до приватного обвинувачення.

IV. НЕУЗГОДЖЕНІСТЬ МІЖ ПОЛОЖЕННЯМИ КК ТА КАП

11. Стаття 23 Закону «Про запобігання корупції» встановлює для осіб, уповноважених на виконання функцій держави та прирівняних до них осіб, обмеження щодо подарунків:

а) абсолютне обмеження вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб:

- у зв'язку із здійсненням діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування;

- від дарувальника, який перебуває в підпорядкуванні (частина перша статті);

б) відносне обмеження прийняття подарунків, які відповідають загальноновизнаним уявленням про гостинність, якщо вартість таких подарунків перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки (частина друга статті).

Для забезпечення виконання вимог статті 23 Закону «Про запобігання корупції» законодавець передбачив у ст. 172-5 КАП адміністративну відповідальність за порушення обмежень щодо подарунків.

На жаль, положення ст. 172-5 КАП викладені у спосіб, що не дозволяє однозначно відмежувати їх від окремих положень КК, що встановлюють відповідальність за пасивний підкуп, а саме від: ст. 368 (пасивний підкуп

службової особи); ч.ч. 3, 4 ст. 368-4 (пасивний підкуп особи, що надає публічні послуги) КК. Межа між положеннями ст. 172-5 КАП та ст. 368, ч.ч. 3, 4 ст. 368-4 КК стала б очевидно, якби об'єктивна сторона адміністративного проступку, передбаченого першим із цих положень, була б конкретизована та обмежувалася лише випадками:

- вимагання, прохання, одержання особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи прирівняною до неї особою, подарунка для себе чи близькій їй особі від особи, що перебуває в підпорядкуванні;

- прийняття подарунків, які відповідають загальновизнаним уявленням про гостинність, якщо вартість таких подарунків перевищує один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений на день прийняття подарунка, одноразово, а сукупна вартість таких подарунків, отриманих від однієї особи (групи осіб) протягом року, не перевищує двох прожиткових мінімумів, встановлених для працездатної особи на 1 січня того року, в якому прийнято подарунки (частина друга статті).

V. НЕУЗГОДЖЕНОСТІ МІЖ ПОЛОЖЕННЯМИ КК

12. Положення п. 2 примітки до ст. 354 та примітка до ст. 364-1 КК містять тотожні за змістом визначення неправомірної вигоди за відсутності об'єктивної потреби у такому дублюванні⁵.

13. У положеннях статей 354, 368, 368-3, 368-4 КК передбачено відповідальність за таку форму підкупу як прохання надати неправомірну вигоду. При цьому в контексті статей 354 та 368 КК вона є формою пасивного підкупу, то в контексті статей 368-3 та 368-4 КК — активного підкупу. Оскільки ініціатором прохання надати неправомірну вигоду є особа, яка розраховує в подальшому її одержати, в усіх випадках прохання надати неправомірну вигоду повинно бути передбачене як форма пасивного підкупу.

14. Крім того, прохання надати неправомірну вигоду як форма пасивного підкупу не має законодавчого визначення, хоча в примітці до ст. 354 КК законодавець визначив зміст всіх інших форм пасивного підкупу, відмінних від одержання неправомірної вигоди.

15. Частина 4 ст. 369 КК передбачає нетипову для кримінального законодавства України кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину учасником організованої групи». На відміну від ознаки «вчинення злочину організованою групою», яке має законодавче визначення в ч. 3 ст. 28 КК та також згадується в ч. 4 ст. 369 КК, ця ознака у КК не визначається. Відповідно, межа між ознаками «вчинення злочину організованою групою» та «вчинення злочину учасником організованої групи» є вкрай неочевидною.

16. У частинах других статей 368-3 та 368-4 КК передбачено відразу дві однотипні кваліфікуючі ознаки: «вчинення злочину за попередньою змовою

групою осіб» та «вчинення злочину організованою групою». При цьому зі ст. 28 КК, де законодавчо визначається зміст обох цих ознак, випливає, що вони мають не суміжний характер, а співвідносяться як родова та видова. Інакше кажучи, у ч. 2 ст. 28 КК ознаку «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» визначено у такий спосіб, що вона охоплює й усі випадки, коли злочин може вважатися вчиненим організованою групою в силу ч. 3 ст. 28 КК. Відповідно, передбачення обох згаданих ознак в одній і тій самій частині статті Особливої частини КК не несе жодної диференціації правових наслідків, яких може зазнати винний.

17. У статтях 365-2 та 368-4 КК суб'єктом злочину або «адресатом» злочинного впливу є особи, що надають публічні послуги. На жаль, кримінальний закон не визначає поняття «особа, що надає публічні послуги» за допомогою окремого визначення, як це має місце у випадку з визначенням поняття «службова особа» (ч.ч. 3, 4 ст. 18, п.п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК). Замість цього закон окреслює коло осіб, що надають публічні послуги, шляхом наведення у статтях 365-2 та 368-4 КК невичерпних переліків, що породжує цілу низку складних проблем.

По-перше, переліки категорій осіб, що надають публічні послуги, наведені у згаданих положеннях закону, не тотожні. Наприклад, службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб згадується як особа, що надає публічні послуги, в ч. 1 ст. 365-2 КК, однак взагалі не згадується в статті 368-4 КК.

По-друге, деякі категорії осіб згадуються у статтях 365-2 та 368-4 КК в різних контекстах, один з яких створює враження, що ці особи є такими, що надають публічні послуги, а інший — створює протилежне враження. Наприклад, в ч. 1 ст. 365-2 КК законодавець прямо називає члена трудового арбітражу та незалежного посередника особами, що надають публічні послуги, а вже в ч. 3 ст. 368-4 КК говорить про «... одержання... іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежним посередником чи арбітром при розгляді колективних трудових спорів...», з чого можна зробити висновок, ніби член трудового арбітражу та незалежний посередник у ч. 3 ст. 368-4 КК не визнаються особами, що надають публічні послуги.

По-третє, у ст. 365-2 та ч. 1 ст. 368-4, законодавець характеризує особу, що здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, як таку, що не є державним службовцем чи посадовою особою місцевого самоврядування, але в ч.ч. 3, 4 ст. 368-4 КК такого застереження немає. Крім того, доцільність такого застереження виглядає сумнівною. Хоча законодавство передбачає певні відмінності в правовому регулюванні трудової діяльності, наприклад, експертів, що працюють в державних та приватних установах, однак, перші з них при здійсненні власне експертної діяльності (експертизи) жодним чином не використовують свій інший правовий статус — статус державних службовців. Отже, реальної потреби передбачати в статтях 365-2 та

368-4 КК негативну ознаку «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» насправді немає.

По-четверте, викликає сумнів послідовність кримінального закону в питанні віднесення окремих категорій осіб до числа тих, що надають публічні послуги. Наприклад, з набранням чинності Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» від 16.07.2015 р. №629-VIII року, до числа осіб, які надають публічні послуги, стали відноситися: а) уповноважені особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб; б) службових осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Це законодавче рішення виглядає вкрай неоднозначним:

а) службові особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб є одним із різновидів службових осіб (певні сумніви може викликати хіба що те, чи підпадають такі суб'єкти під зміст п.п. 1, 2 примітки до ст. 364 КК, чи їх все ж слід відносити до числа службових осіб юридичної особи приватного права). Система положень, передбачених положеннями розділу XVII Особливої частини КК, ґрунтується не в останню чергу і на диференціації кримінальної відповідальності службових осіб та осіб, що надають публічні послуги. Відповідно, ототожнення службових осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб з особами, що надають публічні послуги, істотно підриває системність кримінального закону.

б) можна угледіти певну подібність між правовим статусом уповноважених осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та правовим статусом арбітражних керуючих, які вже тривалий час визнаються особами, що надають публічні послуги, у статтях 365-2 та 368-4 КК. Однак ч. 1 ст. 35 Закону «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 року № 4452-VI не висуває щодо першої категорії осіб вимог, аналогічних до тих, що є передумовою набуття особою статусу арбітражного керуючого. Зокрема, мова йде про відсутність вимог щодо додаткового спеціального навчання (після здобуття вищої освіти) та особливої процедури набуття правового статусу (яка завершується видачею відповідного документу — свідоцтва, сертифікату тощо). Крім того, у ст. 2 згаданого Закону прямо зазначається, що уповноважені особи є працівниками Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, у той час, коли правовий статус арбітражного керуючого подібною особливістю не відзначається — даний суб'єкт не обов'язково повинен бути працівником юридичної особи, відмінної від тієї, щодо якої він наділяється законом відповідними повноваженнями.

З огляду на сказане вище існує об'єктивна необхідність у доповненні КК визначенням поняття «*особа, що надає публічні послуги*» та відмови від практики розкриття змісту цього поняття шляхом відкритих переліків категорій осіб.

При цьому відправною точкою у розв'язанні питання про конкретний зміст зазначеного визначення має бути аналіз правового статусу тих категорій

осіб, яких законодавець прямо називав у первинних текстах статей 365-2 та 368-4 КК особами, що надають публічні послуги. Абсолютна більшість категорій осіб з первинних переліків у статтях 365-2 та 368-4 КК характеризувалася певними спільними ознаками.

Йшлося про осіб, що займаються діяльністю (наданням послуг), умовами здійснення якої є: а) наявність вищої освіти; б) проходження після здобуття вищої освіти спеціальної підготовки; в) одержання за результатами підготовки сертифікату (свідоцтва), що видається уповноваженим органом державної влади або уповноваженою державою самоврядною організацією. Саме ці ознаки й повинні лягти в основу майбутнього визначення поняття «особа, що надає публічні послуги».

Наприклад, з огляду на таке визначення буде визнаватись особою, що надає публічні послуги, така категорія осіб, що ніколи не згадувалася в статтях 365-2 та 368-4 КК, як патентні повірені. Ці особи, надають фізичним та юридичним особам допомогу і послуги, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, представляє інтереси зазначених осіб у Державній службі інтелектуальної власності, а також судових органах, кредитних установах, у відносинах з іншими фізичними та юридичними особами. Згідно з п. 3 Положення про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10.08.1994 р. №545 патентним повіреним може бути особа, яка, у тому числі: а) має вищу освіту; б) має вищу освіту в сфері охорони інтелектуальної власності (здобуття такої освіти є спеціальною підготовкою особи); в) склала кваліфікаційні екзамени, пройшла атестацію і одержала свідоцтво на право займатися діяльністю патентного повіреного (свідоцтво видається Державною службою інтелектуальної власності України).

Заради справедливості слід зауважити, що з-поміж числа категорій осіб, згаданих у первинних редакціях статей 365-2 та 368-4 КК, під зазначений вище підхід до розуміння поняття «особа, що надає публічні послуги», від самого початку не вписувалися третейські судді. Стаття 18 Закону «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. №1701-IV не передбачає як умову здійснення ними своєї діяльності ані наявність вищої освіти, ані проходження спеціальної підготовки, ані одержання сертифікату (свідоцтва). Слід, однак, враховувати, що законодавче віднесення третейських суддів до числа осіб, що надають публічні послуги *per se* виглядає суперечливим з огляду на те, що іноземні третейські судді визнаються за чинним кримінальним законодавством службовими особами (ч. 4 ст. 18, п. 2 примітки статті 364 КК). Таким чином, віднесення третейських суддів у первинних редакціях статей 365-2 та 368-4 КК до числа осіб, що надають публічні послуги, не підриває окреслений вище підхід до визначення цього поняття. Натомість, третейські судді повинні бути віднесені до числа службових осіб, як й іноземні третейські судді.

18. У ч. 1 ст. 365-2 КК, на відміну від однотипної з нею ч. 1 ст. 364 КК, відсутня «розшифровка» того, в чому полягає зловживання повноваженнями

особою, що надає публічні послуги, а також вказівка на те, що така поведінка особи, що надає публічні послуги. Особливо проблемною виглядає друга із цих вад, оскільки саме вказівка на умисний характер злочину в ч. 1 ст. 364 КК дозволяє говорити, що цей злочин може вчинятися як з умисною, так і складною виною, яка характеризується необережним ставленнями особи до наслідків свого діяння.

19. Хоча кримінальний закон і поширює визначення пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди, передбачені в п. 3 примітки до ст. 354 КК, на статтю 369-2 Кодексу, однак перелік «адресатів» злочинного впливу, який міститься в згаданому визначенні, формально не охоплює особу, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (ч. 1 ст. 369-2 КК).

20. У статтях 354, 368, 369 та 368-3, 368-4 КК по-різному вирішено питання про характеристику дій, з вчиненням або невчиненням яких пов'язуються «незаконні операції» з неправомірною вигодою. У трьох перших статтях вказані дії пов'язуються з використанням особою *становища (службового становища)*, а в двох останніх — з використанням *повноважень*. Поняття «становище (службове становище)» в українській доктрині та судовій практиці часто розуміється ширше, ніж просто повноваження особи. Другою складовою становища (службового становища), як правило, визнається так званий «службовий авторитет».

Таким чином, слід відзначити певну непослідовність положень, передбачених статтями 354, 368, 369 та 368-3, 368-4 КК. Щонайменше у статті 368-3 КК формулювання «з використанням наданих їй повноважень» було б доцільно замінити на формулювання «з використанням службового становища», оскільки службові особи юридичних осіб приватного права в силу посади можуть справляти вплив на інших суб'єктів, які не підпорядковані їм по службі (наприклад, директор великого підприємства може мати вплив на керівників органів місцевого самоврядування чи органів державної влади, які здійснюють повноваження на території населеного пункту, в якому розташоване підприємство).

21. У частинах 3, 4 ст. 369 КК фігурують формулювання «неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище» та «неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище». Буквальне тлумачення цих формулювань означає, що кримінальна відповідальність за пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди зазначеним особам не може наставати на підставі частин 3, 4 статті 369 КК. Однак, оскільки положення ч.ч. 3, 4 ст. 368 КК однозначно допускають можливість вчинення прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди (а також прохання її надати) службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, вищезазначені формулювання слід розглядати як техніко-юридичний недолік, який потребує законодавчого виправлення.

22. Стаття 368 КК, на відміну від статей 354, 368-3, 368-4, 369-2 КК, передбачає низку кваліфікуючих ознак кількісного характеру (вчинення злочину у значному, великому та особливо великому розмірі), що створює проблему коректного застосування кримінального закону у випадках, коли службова особа прийняла пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди або висловила прохання надати її за вчинення або невчинення дій з використанням влади чи службового становища в значному, великому або особливо великому розмірі, проте до моменту її одержання в обсязі, що відповідає мінімальному показнику для тієї чи іншої кількісної ознаки, погодила з надавачем інший (більший чи менший) розмір неправомірної вигоди.

Зокрема, проблема полягає в тому, чи слід такі випадки розглядати як сукупність злочинів чи як одиничний злочин з альтернативними ознаками? У другому випадку постає додаткова проблема — оцінка дій особи має здійснюватися з огляду на найбільш кваліфікуючу кількісну ознаку, що характеризує її поведінку, чи з огляду на кількісну ознаку, яка характеризує останню за часом вчинення форму пасивного підкупу? Для уникнення неоднакового застосування кримінального закону статтю 368 КК доречно викласти однотипно зі статтями 354, 368-3, 368-4, 369-2 КК, виключивши з неї кваліфікуючі ознаки кількісного характеру.

23. З набранням чинності Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» від 16.07.2015 р. №629-VIII року санкція ч. 1 ст. 365-2 КК допускає можливість призначення покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 10 років, що суперечить ч. 1 ст. 55 КК, яка визначає в Загальній частині КК максимальну межу для покарання цього виду як додаткового у вигляді 3 років.

24. Згідно з 2 ст. 59 КК конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині цього Кодексу. При цьому корисливість як ознака складу злочину у правовій системі України традиційно пов'язується з прагненням особи одержати вигоду за рахунок чужого майна («вузьке» розуміння) або як бажання одержати матеріальні блага для себе або інших осіб (заволодіти грошима, коштовностями, цінними паперами, майном тощо), одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків (одержати спадщину, позбавитися боргу, звільнитися від платежу тощо) або досягти іншої матеріальної вигоди («широке» розуміння⁶).

Санкції ч.ч. 3, 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК передбачають конфіскацію майна як обов'язковий вид додаткового покарання за злочини,

6 Див. абз. 1 п. 10 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 07.02.2003 р. №2.

передбачені цими положеннями. Очевидно, законодавець вдався до такого рішення з огляду на те, що зазначені злочини полягають в одержанні неправомірної вигоди чи вчиненні дій, які спрямовані на одержання неправомірної вигоди, що нібито свідчить на користь корисливого характеру злочинів. Проте неправомірна вигода в силу її визначень у п. 2 примітки статті 354 та примітка статті 364-1 КК не завжди може мати майновий характер. Відповідно, у ч.ч. 3, 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК конфіскація майна повинна бути передбачена не як обов'язковий, а як факультативний вид додаткового покарання.

25. Санкції положень Особливої частини КК, які встановлюють відповідальність за корупційні злочини, в певних аспектах виглядають неузгодженими між собою, наприклад:

а) справляє враження явно незбалансованої караність проявів пасивного підкупу у приватному секторі, передбачених ч.ч. 3, 4 ст. 368-3 та ч.ч. 3, 4 ст. 368-4 КК. Зокрема, ч. 3 ст. 368-3 КК передбачає покарання на строк до трьох років позбавлення волі, а ч. 3 ст. 368-4 КК — до п'яти років позбавлення волі. Вкрай сумнівно, що пасивний підкуп особи, що надає публічні послуги, в усіх випадках становить більшу небезпеку, аніж пасивний підкуп службової особи юридичної особи приватного права. Тим паче на фоні того, що караність активного підкупу, передбачена ч. 1 ст. 368-3 — ч. 1 ст. 368-4 КК, ч. 2 ст. 368-3 — ч. 2 ст. 368-4 КК, є ідентичною;

б) виглядає непослідовним підхід до вибору видів основного покарання, що можуть бути застосовані за корупційні злочини, які являють собою прояви активного підкупу (ч.ч. 1, 2 ст. 354, ч.ч. 1, 2 ст. 368-3, ч.ч. 1, 2 ст. 368-4, стаття 369, ч. 1 ст. 369-2 КК):

- санкції ч.ч. 2-4 ст. 369 КК передбачають одне основне покарання у виді позбавлення волі на певний строк;

- санкції всіх інших перерахованих положень передбачають альтернативні покарання у виді штрафу, обмеження та позбавлення волі на певний строк;

- санкції ч.ч. 1, 2 ст. 354, ч.ч. 1, 2 ст. 368-3, ч.ч. 1, 2 ст. 368-4 КК додатково передбачають ще й покарання у виді громадських робіт;

- санкції ч.ч. 1, 2 ст. 354 КК, крім усього іншого, передбачають ще й покарання у виді виправних робіт.

Видається логічним те, що найбільш вузький спектр видів основного покарання передбачено для випадків активного підкупу в публічній сфері (стаття 369 КК), однак навряд чи доцільно було так само вузько підходити до визначення видів основного покарання за активне зловживання впливом (ч. 1 ст. 369-2 КК), оскільки такі дії безпосередньо не спрямовані проти відправлення функцій публічною адміністрацією.

Так само видається неоднозначним, що виправні роботи як вид основного

покарання передбачені лише у випадку вчинення активного підкупу, передбаченого ч.ч. 1, 2 ст. 354 КК, але не у випадках вчинення активного підкупу, передбаченого ч.ч. 1, 2 ст. 368-3 та ч.ч. 1, 2 ст. 368-4 КК;

в) непослідовним є й підхід до використання позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як додаткового покарання за корупційні злочини, а саме:

- згаданий вид покарання передбачений за вчинення деяких корупційних злочинів, які полягають у заволодінні певними предметами шляхом зловживання службовим становищем (статті 191, 308, 312 КК), але в інших положеннях КК про корупційні злочини цього типу позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю не згадується (статті 262, 313, 357, 410 КК);

- непослідовність може мати місце і на рівні окремої статті, що встановлює відповідальність за корупційний злочин. Наприклад, ч. 2 ст. 308 КК передбачає покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, що виправдано, адже саме ця частина статті передбачає кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем». Однак вже в санкції ч. 3 ст. 308 КК, яка з-поміж іншого також встановлює відповідальність за злочин, вчинений шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, зазначений вид покарання вже не згадується;

- на відміну від інших корупційних злочинів, що являють собою прояви пасивного підкупу (стаття 368, ч.ч. 3, 4 ст. 368-3, ч.ч. 368-4 КК), позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю не передбачено за вчинення злочинів, передбачених ч.ч. 3, 4 ст. 354 та ч.ч. 2, 3 ст. 369-2 КК. Останній випадок можна пояснити тим, що пасивне зловживання впливом є проявом «фонові» корупції та, відповідно, вчиняється без використання службового становища, однак відсутність згадок про позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю в санкціях ч.ч. 3, 4 ст. 354 КК виглядає невиправданою.

VI. РЕКОМЕНДАЦІЇ

26. Виключити з переліку корупційних злочинів, наведеного в примітці до ст. 45 КК, злочини, передбачені статтями 210 та 320 КК, оскільки ці злочини не можуть вважатися корупційними в сенсі статті 1 Закону «Про запобігання корупції».

27. Виключити п. 2 примітки до ст. 354 та примітку до ст. 364-1 КК для уникнення розбіжностей у визначенні неправомірної вигоди в кримінальному та антикорупційному законодавстві.

28. У тексті статті 369-2 КК слова «особа, уповноважена на виконання функцій держави» замінити словами «особа, уповноважена на виконання

функцій держави або місцевого самоврядування».

29. У примітці до ст. 369-2 КК відсилку до пунктів 1-3 частини першої статті 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» замінити відсилкою до пункту 1 частини першої статті 3 Закону «Про запобігання корупції».

30. Привести абз. 2 ч. 1 ст. 65 Закону «Про запобігання корупції» у відповідність з п. 2 ч. 1 ст. 96-3 КК.

31. Доповнити п. 1 ч. 1 ст. 96-3 КК застереженням про можливість вчинення злочину уповноваженою особою у співучасті.

32. Розмежувати в ч. 9 ст. 100 КПК порядок вирішення судом питання про спеціальну конфіскацію та порядок вирішення питання про долю речових доказів та документів.

33. Регламентувати конфіскаційний захід, передбачений п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК, у розділі XIV Загальної частини КК.

34. У п. 1 ч. 1 ст. 477 КПК передбачити, що кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення щодо кримінальних правопорушень, передбачених статтями 364-1 та 365-2 КК, може бути розпочате на підставі заяви потерпілого лише тоді, коли цими злочинами не було завдано шкоди громадським або державним інтересам.

35. Конкретизувати зміст об'єктивної сторони адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 172-5 КАП, з метою забезпечення його очевидного відмежування від корупційних злочинів.

36. У диспозиціях частин третіх статей 368-3 та 368-4 КК передбачити прохання надати неправомірну вигоду як форму пасивного підкупу та доповнити п. 3 примітки до ст. 354 КК дефініцією «прохання надати неправомірну вигоду».

37. Виключити з ч. 4 ст. 369 КК кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину учасником організованої групи».

38. Виключити з частин других статей 368-3 та 368-4 КК кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину організованою групою».

39. Викласти диспозиції ч. 1 ст. 365-2 та ч.ч. 1, 3 368-4 КК в інших редакціях, передбачивши в цих положеннях суб'єктом злочину чи «адресатом» злочинного впливу особу, що надає публічні послуги, та визначити зміст останнього поняття у примітці статті 365-2 КК.

40. Деталізувати в диспозиції ч. 1 ст. 365-2 КК зміст об'єктивної сторони злочину в спосіб, подібний до того, що має місце у випадку з ч. 1 ст. 364 КК.

41. Уточнити п. 3 примітки до ст. 354 КК, узгодивши його з особливостями складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК.

42. У ч.ч. 1, 3 ст. 368-3 КК замінити формулювання «з використанням наданих їй повноважень» формулюванням «з використанням службового

становища».

43. Уточнити диспозиції частин 3, 4 ст. 369 КК з тим, щоб їхні формулювання не викликали сумнівів щодо поширення цих положень на випадки обіцянки та пропозиції надати неправомірну вигоду, висловлені службовими особами, які займають відповідальне чи особливо відповідальне становище.

44. Виключити з ч.ч. 2-4 ст. 368 КК кваліфікуючі ознаки кількісного характеру (вчинення злочину в значному, великому та особливо великому розмірі), передбачивши ознаку «вчинення злочину повторно» в ч. 2, а не ч. 3 ст. 368 КК.

45. Привести в санкції ч. 1 ст. 365-2 КК максимальну межу покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю у відповідність з ч. 1 ст. 55 КК.

46. Передбачити у санкціях ч.ч. 3, 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4 КК конфіскацію майна як факультативний вид додаткового покарання.

47. Гармонізувати санкції ч.ч. 3, 4 ст. 368-3 та ч.ч. 3, 4 ст. 368-4 КК шляхом приведення перших із них у відповідність з другими.

48. Доповнити санкцію ч. 1 ст. 369-2 КК основним покараннями у виді громадських та виправних робіт, а санкції ч.ч. 1, 2 ст. 368-3 та ч.ч. 1, 2 ст. 368-4 КК — основним покаранням у виді виправних робіт.

49. Доповнити санкції ч.ч. 2, 3 ст. 262, ч. 3 ст. 308, ч.ч. 2, 3 ст. 313, ч.ч. 3, 4 ст. 354, ч.ч. 1-3 ст. 357, ч.ч. 1-4 ст. 410 КК додатковим покаранням у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.