

# КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.9:343.95

DOI <https://doi.org/10.32782/TNU-2707-0581/2023.6/18>

**Пушкар О.А.**

Державний податковий університет

## СУБ'ЄКТ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРИЙНЯТТЯ ПРОПОЗИЦІЇ, ОБІЦЯНКИ ТА ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ

*У статті висвітлено деякі питання кримінально-правової характеристики суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди. Автором визначено поняття та ознаки службової особи як суб'єкта корупційних правопорушень, у тому числі кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. З'ясовано, що у науковій літературі відсутній єдиний підхід до визначення поняття службової особи як суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди, а положення законодавства у цій сфері є децю суперечливими.*

*Обґрунтовано, що дискусійним у науці кримінального права є питання про те, чи належать до суб'єктів кримінальної відповідальності особи, які не є державними службовцями, однак прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.*

*Автором досліджено ознаки службової особи, яка займає відповідальне та особливо відповідальне становище, та яка є суб'єктом кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки та одержання неправомірної вигоди. Визначено відмінності між службовою особою, службовою особою, яка займає відповідальне становище, та службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, в аспекті кримінально-правової характеристики суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди.*

*На підставі проведеного науково-правового аналізу автором аргументовано систему службових осіб, які можуть виступати суб'єктами кримінальної відповідальності за вчинення правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. Доведено, що кримінальне правопорушення, передбачене статтею 368 Кримінального кодексу України, у своєму складі має спеціального суб'єкта.*

**Ключові слова:** суб'єкт кримінальної відповідальності, службова особа, неправомірна вигода, особливо відповідальне становище.

**Постановка проблеми.** Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368 Кримінального кодексу України (КК України), віднесено до корупційних правопорушень, позаяк, у складі цього правопорушення передбачений спеціальний суб'єкт. Таким суб'єктом, як слідує з диспозиції ст. 368 КК України, є службова особа. Крім того, до кваліфікуючих ознак цього корупційного правопорушення відноситься його вчинення службовою особою, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище.

Разом з тим, у науковій літературі відсутній єдиний підхід до розуміння поняття службової особи як суб'єкта кримінальної відповідальності за вчинення корупційного правопорушення, а положення законодавства у цій сфері є суперечливими.

З огляду на зазначене, виникає необхідність у проведенні ґрунтовного наукового дослідження, присвяченого проблемі визначення поняття та ознак суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Деякі питання визначення поняття та ознак службової особи як суб'єкта корупційного правопорушення досліджували такі науковці, як О. В. Бобровник, Е. М. Кісілюк, О. Неклеса, І. С. Огерук, Д. Юр'єв та ін. Однак, у сучасній науці кримінального права на сьогодні недостатньо наукових робіт, присвячених дослідженню поняття та ознак суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України.

**Метою статті** є визначення поняття та ознак суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди. Для реалізації цієї мети поставлені такі завдання: провести огляд наукової літератури та визначити концептуальні підходи до розуміння поняття «службова особа» як суб'єкт корупційного правопорушення; проаналізувати положення законодавства у сфері регулювання поняття та ознак службової особи; визначити поняття та ознаки службової особи, яка займає відповідальне та особливо відповідальне становище.

**Виклад основного матеріалу.** Як свідчить аналіз диспозиції ч. 1 ст. 368 КК України, суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого цією статтею є службова особа [1]. Важливо, що службова особа є спеціальним суб'єктом більшості корупційних правопорушень.

Виключення складають лише ті кримінальні правопорушення, де суб'єктом є особи, на користь яких службова особа повинна вчинити неправомірну дію або прийняти рішення, користуючись своїм службовим становищем, або особи, які спонукають надання такої вигоди.

На це звертають увагу деякі науковці та зазначають, що особа, яку підкуповують, та суб'єкт вчинення злочину за ст. 354 КК України не зазначені у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», що суперечить обов'язковим ознакам законодавчо закріпленому поняття «корупція». Зокрема, І. С. Огерук наводить приклад суб'єктів відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 210 КК України, яким не є службова особа, що, на думку науковця, не відповідає ознакам поняття «корупція» з об'єктивної сторони вчинення злочину. З огляду на це, І. С. Огерук висловлює думку про те, що включення таких кримінальних правопорушення до переліку корупційних, є суперечливим, оскільки вони не містять всіх обов'язкових ознак поняття «корупція», зокрема у частині, що стосується суб'єктів їх вчинення, а відтак не можуть

вважатися «корупційним правопорушенням», визначення якого надано Законом України «Про запобігання корупції» [2, с. 158].

Така думка видається дещо спірною, оскільки хоча суб'єкти таких кримінальних правопорушень безпосередньо не є суб'єктами, які відповідно до Закону України «Про запобігання корупції» можуть виступати суб'єктами корупції, проте особи – набувачі вигоди за корупційні правопорушення виступають фактично другою стороною у корупційних правовідносинах, а тому вчинені такими суб'єктами кримінальні правопорушення не можна виключати з переліку корупційних, попри те, що вони можуть і не відноситися до службових або прирівняних до них осіб.

Повертаючись власне до визначення поняття службової особи як суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК України, необхідно зауважити, що таке поняття наводиться у примітці 1 до ст. 364 КК України [1].

Зі змісту цієї примітки вбачається, що службова особа як суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, характеризується такими ознаками:

1) за критерієм місця роботи (служби): органи державної влади; органи місцевого самоврядування; державні та комунальні підприємства; установи чи організації; центральний орган державного управління із спеціальним статусом; суд або інша судова установа; юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства;

2) за функціональним критерієм: здійснення представницьких чи управлінських функцій влади чи місцевого самоврядування; зайняття посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконанням таких функцій за спеціальним повноваженням;

3) за часовим критерієм: виконання зазначених функцій у відповідних органах, установах чи організаціях здійснюється постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням. Отже, фактично, часовий критерій не впливає на кваліфікацію особи як службової, що може бути суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України.

Порівняльний аналіз визначення поняття «державний службовець», наведеного у ст. 1 Закону

України «Про державну службу» [3], та визначених вище ознак службової особи як суб'єкта корупційного правопорушення, свідчить про те, що «службова особа» є більш широким поняттям, ніж «державний службовець».

Зокрема, поняття «державного службовця» має такі «обмежувальні» (обов'язкові) ознаки: 1) зайняття посади державного службовця; 2) проходження служби саме в державному органі; 3) здійснення повноважень, безпосередньо пов'язаних з виконанням завдань і функцій державного органу; 4) отримання заробітної плати за рахунок коштів державного бюджету.

Таким чином, суб'єктом кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди може бути як державний службовець, так і інша службова особа.

На підставі аналізу законодавства України Е. М. Кісілюк доходить висновку про застосування в різних законодавчих актах таких суміжних понять як «посада», «служба» та «державний службовець» та «службова особа». На думку науковця, поняття «службова особа», яке вживається у КК України, та поняття «державний службовець», яке вживається у Законі України «Про державну службу», за змістом є суміжними поняттями, але на відміну від державного службовця, до службових осіб відносяться також і особи, що здійснюють функції представника влади, а також обіймають посади, пов'язані з виконанням адміністративно-господарських обов'язків. Крім цього, Е. М. Кісілюк звертає увагу, що статус службової особи зумовлений не тільки постійністю, але й тимчасовістю здійснення відповідних функцій чи виконання обов'язків або наданням спеціальних повноважень, якщо вказані функції чи обов'язки покладені на таку особу правомочним органом [4, с. 96].

Щодо переліку службових осіб, які можуть бути суб'єктами корупційних правопорушень, зокрема й кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, у науковій літературі висловлюються різні точки зору.

Зокрема, деякі науковці з цього приводу висловлюють думку про те, що суб'єктом відповідного кримінального правопорушення є лише службова особа публічного права. На думку вчених, поняття «службової особи» є широким і може тлумачитися в різних аспектах, залежно від контексту правовідносин, суб'єктом яких виступає службова особа [5, с. 333].

Необхідно погодитися з такою думкою, яка цілком узгоджується з визначенням службової

особи, наведеним у примітці до ст. 364 КК України. Зокрема, про те, що суб'єктом кримінальної відповідальності за правопорушення, передбачене ст. 368 КК України, може бути саме службова особа публічного права свідчить характер виконуваних нею функцій, а також визначене місце проходження служби (державний орган, орган місцевого самоврядування, державне або комунальне підприємство, установа, організація).

До того ж назва розділу XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» КК України, в якому розміщено ст. 368, свідчить про те, що суб'єктом кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, визначені у цьому розділі, так само як і ст. 368 КК України, є саме службові особи публічного права. Хоча справедливо зазначити, що всупереч назві розділу XVII КК України, у ньому також необгрунтовано розміщено ст. 364-1, яка передбачає кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми.

Звичайно, об'єктивна сторона вказаного правопорушення є сумісною з корупційними правопорушеннями, однак за суб'єктом вказане правопорушення не стосується службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Віднесення до суб'єктів кримінальної відповідальності за правопорушення, передбачене ст. 368 КК України, виключно службових осіб публічного права також узгоджується з положеннями Закону України «Про запобігання корупції» стосовно визначення переліку осіб, які не є державними службовцями, але прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Зокрема, згаданий Закон до таких осіб відносить: посадових осіб юридичних осіб публічного права, осіб, які входять до складу наглядової ради державного банку, державного підприємства або державної організації, що має на меті одержання прибутку, господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, члени Ради нагляду за аудиторською діяльністю органу суспільного нагляду за аудиторською діяльністю; осіб, які надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі тощо); представників громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації тощо [6].

Перелічені особи визнаються суб'єктами вчинення корупційних правопорушень відповідно до Закону України «Про запобігання корупції», проте виникає питання про те, чи всі із вказаного переліку осіб (прирівняних до осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування) можуть бути суб'єктом кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди.

Очевидно, що відповідь на це питання криється у примітці до ст. 45 КК України, яка кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368 КК України, відносить до корупційного. З огляду на це, відповідь на вищевикладене питання є позитивною – державні службовці та прирівняні до них особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, визначені у ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», можуть бути суб'єктами кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди.

Певні сумніви виникають лише стосовно такої категорії прирівняних до осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, як кандидати на пост Президента України та кандидати у народні депутати України, зареєстровані в порядку, встановленому законом. Якщо ці особи не відповідають інших ознакам (крім того, що вони є зареєстрованими кандидатами на відповідний пост) службової особи, що визначені у примітці 1 до ст. 364 КК України, то ймовірно, вони не є суб'єктами кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України, оскільки певні службові повноваження у зв'язку з реєстрацією особи як кандидата на пост Президента України чи народного депутата у такої особи не виникають, позаяк, відсутній повний склад об'єктивної сторони відповідного кримінального правопорушення.

В аспекті визначення службової особи як суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди, О. Неклеса та Д. Юр'єв звертає увагу, що службовими особами відповідно до вітчизняної та міжнародної практики можуть визнаватися посадові особи іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави), а також іноземні третейські судді, особи, уповноважені вирішувати цивільні, комерційні або трудові спори в іноземних держа-

вах у порядку, альтернативному судовому, посадові особи міжнародних організацій, члени міжнародних парламентських асамблей, учасником яких є Україна, та судді і посадові особи міжнародних судів [2, с. 333–334].

Вочевидь, можна дійти висновку, що такі особи не відповідають усім ознакам службової особи публічного права, визначеним у примітці 1 до ст. 364 КК України, зокрема, у частині, що стосується місця проходження служби та характеру повноважень.

Хоча з іншої сторони, з урахуванням положень ч. 4 ст. 18 КК України, яка до суб'єктів кримінальної відповідальності відносить також службових осіб з числа посадових осіб іноземних держав (особи, які обіймають посади в законодавчому, виконавчому або судовому органі іноземної держави, у тому числі присяжні засідателі, інші особи, які здійснюють функції держави для іноземної держави, зокрема для державного органу або державного підприємства) [1].

Таким чином, КК України не встановлює обмежень щодо приналежності суб'єкта кримінальної відповідальності виключно до громадянства України, однак, з примітки 1 саме до ст. 364 КК України, не вбачається, що до службових осіб, які можуть бути суб'єктом кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України, відносяться й посадові особи іноземних держав. З огляду на таке, наразі не можна останніх вважати суб'єктами кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України.

Досліджуючи питання суб'єктів кримінальної відповідальності за ст. 368 КК України, важливо зазначити, що ч. 3 та ч. 4 цієї статті до кваліфікуючих ознак цього злочину відносять його вчинення, зокрема службовою особою, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище [1].

Деякі науковці справедливо звертають увагу, що правовий статус службової особи, включаючи її належність до категорії тих, що займають відповідальне або особливо відповідальне становище, відповідно до ч. ч. 4, 5 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) впливає на визначення правил підслідності у кримінальних провадженнях. Зокрема, зі змісту вказаної статті КПК України можна дійти висновку, що всі корупційні правопорушення, у тому числі й визначене ст. 368 КК України, відносяться до підслідності слідчих органів Національної поліції України [7]. Разом з тим, за ч. 5 цієї статті передбачено, що детективи НАБУ здійснюють досудове розслідування злочину, передбаченого ст. 368 КК України за умови, якщо суб'єкт цього

злочину відповідає зазначеним у цій нормі ознакам [8, с. 31].

Такі ознаки частково відповідають визначенню службової особи, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, наведеному у примітках 2 та 3 до ст. 368 КК України.

Зокрема, до службових осіб, які займають відповідальне становище є особи, посади яких згідно із ст. 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «Б», судді, прокурори, слідчі і дізнавачі, а також керівники і заступники керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць [1].

У свою чергу, до службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, відносяться вищі посадові особи держави (наприклад, Президент України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України, перші заступники та заступники міністрів, Голова та член Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Голова та член Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг та ін.), а також особи, посади яких згідно із ст. 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «А», та посади яких згідно із ст. 14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» віднесені до першої та другої категорій посад в органах місцевого самоврядування [1].

При цьому деякі науковці, зокрема М. В. Фоменко, висловлюють думку про те, що звужувати коло суб'єктів корупційних правопорушень шляхом зазначення вичерпного кола службових осіб, які займають відповідальне або особливо відповідальне становище, не є дореч-

ним. На обґрунтування такої думки науковець зазначає, що для уникнення свавільного тлумачення норми закону, що може мати своїм наслідком безпідставне притягнення до кримінальної відповідальності або навпаки, непритягнення до кримінальної відповідальності за обставин, які цього вимагають, необхідно відобразити у відповідних примітках характерних ознак, типових для службових осіб, які займають відповідальне або особливо відповідальне становище, та вироблення рекомендацій, що відповідатимуть потребам практичної діяльності [9, с. 42].

**Висновки.** Отже, службову особу як суб'єкта кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди можна визначити наступним чином: це державні службовці, інші особи, які на постійній, тимчасові основі або за спеціальними повноваженнями виконують функції держави та місцевого самоврядування, а також прирівняні до них особи, визначені у ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Відмінними ознаками службової особи, яка займає відповідальне та особливо відповідальне становище, є характер рішень, що приймаються такими особами, та його значення в масштабах усієї держави. Зокрема, відповідні службові особи уповноважені приймати рішення, які мають стратегічно важливе значення в межах усієї держави або її окремих регіонів, або яке впливає на формування та реалізацію державної або регіональної політики у певній сфері, а також прийняття та реалізація якого може мати незворотні наслідки для держави. Саме тому вчинення правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, такою особою віднесено до кваліфікуючих ознак.

#### Список літератури:

1. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення – 17.01.2024).
2. Огерук І. С. Щодо переліку корупційних злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України. Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право. 2019. № 7(19). С. 153–159.
3. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text> (дата звернення – 17.01.2024).
4. Кісілюк Е. М. Службова особа як суб'єкт корупційних злочинів. Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції. 2017. № 42. С. 95–96.
5. Неклеса О., Юр'єв Д. Актуальна характеристика кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2022. № 2. С. 330–336.
6. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення – 17.01.2024).
7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення – 17.01.2024).

8. Бобровник О. В. Доказування слідчим прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у досудовому розслідуванні. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 3. С. 28–34.

9. Фоменко М. В. «Службова особа» як суб'єкт корупційних злочинів: становлення поняття у КК України, види та проблемні питання. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2020. № 1(22). С. 48–56.

**Pushkar O.A. SUBJECT OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR ACCEPTANCE OF AN OFFER, PROMISE AND OBTAINING AN UNLAWFUL BENEFIT**

*The article highlights some issues of the criminal-legal characteristics of the subject of criminal liability for accepting an offer, promise and receiving an illegal benefit. The author defined the concept and characteristics of an official as a subject of corruption offenses, including the criminal offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine. It was found that there is no unified approach to defining the concept of an official as a subject of criminal liability for accepting an offer, promise and receiving an undue benefit in the scientific literature, and the provisions of the legislation in this area are somewhat contradictory.*

*It is substantiated that the question of whether persons who are not public servants, but are equated with persons authorized to perform the functions of the state or local self-government, belong to the subjects of criminal responsibility is debatable in the science of criminal law.*

*The author researched the signs of an official who occupies a responsible and especially responsible position, and who is subject to criminal liability for accepting an offer, promise and receiving an illegal benefit. The differences between an official, an official who occupies a responsible position, and an official who occupies a particularly responsible position, in terms of the criminal-legal characteristics of the subject of criminal responsibility for accepting an offer, promise or receiving an illegal benefit, are defined.*

*On the basis of the conducted scientific and legal analysis, the author argued the system of officials who can act as subjects of criminal responsibility for the commission of an offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine. It has been proven that the criminal offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine includes a special subject.*

**Key words:** *a subject of criminal liability, an official, an unlawful benefit, a particularly responsible position.*