

Пушкар О.А.

Державний податковий університет

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ПРИЙНЯТТЯ ПРОПОЗИЦІЇ, ОБІЦЯНКИ АБО ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ ВІД СУМІЖНИХ СКЛАДІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

У статті проведений порівняльно-правовий аналіз положень окремих статей Кримінального кодексу України, які передбачають відповідальність за правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, з метою відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від суміжних складів кримінального правопорушення.

Автором обґрунтовується, що склад кримінального правопорушення, визначеного статтею 368 Кримінального кодексу України, містить деякі схожі ознаки із ознаками складів суміжних правопорушень. Встановлено, що на практиці виникають деякі труднощі, пов'язані з відмежуванням прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди від суміжних складів правопорушень. Доведено, що найбільше схожих ознак містять склади таких суміжних із прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди кримінальних правопорушень, як незаконне збагачення, визначене статтею 368-5 Кримінального кодексу України, зловживання впливом (стаття 369-2), провокація підкупу (стаття 370).

У статті визначено корупційні та інші службові правопорушення, які мають склади суміжні з правопорушенням, передбаченим статтею 368 Кримінального кодексу України. Автором окреслені спільні та відмінні ознаки складів кримінального правопорушення, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України, із суміжними складами.

На підставі проведеного виявити проблемні питання щодо розмежування неправомірної вигоди від суміжних складів кримінальних правопорушень. Автором розроблено окремі критерії розмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди від суміжних складів кримінальних правопорушень. До таких критеріїв запропоновано віднести суб'єкта, об'єктивну сторону та суб'єктивну сторону, ознаки яких дають змогу провести відповідне розмежування.

Ключові слова: корупційне правопорушення, неправомірна вигода, склад правопорушення, відмежування, суміжні склади.

Постановка проблеми. Кримінальна відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди передбачена ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Вказане правопорушення відноситься до корупційних, а також включено до розділу XVII Особливої частини КК України, яка визначає систему кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [1].

З огляду на те, що склад кримінального правопорушення, визначеного ст. 368 КК України, містить деякі схожі ознаки із ознаками складів суміжних правопорушень, на практиці виникають деякі труднощі, пов'язані з відмежуванням прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди від суміжних складів право-

порушень. Наприклад, це стосується таких суміжних кримінальних правопорушень, як незаконне збагачення (ст. 368-5 КК України), зловживання впливом (ст. 369-2 КК України), провокація підкупу (ст. 370 КК України) та ін.

З огляду на це, а також враховуючи недостатність наукових розробок у цій сфері, виникає необхідність у проведенні ґрунтовного дослідження деяких аспектів відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди від суміжних складів кримінального правопорушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти відмежування суміжних складів корупційних правопорушень досліджували такі науковці, як О. С. Бондаренко, В. А. Дюрдь, М. Б. Желік, О. М. Таркан, Ю. О. Чернега,

М. А. Шепотько, та ін. Разом з тим, наявні наукові дослідження з проблеми відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди від суміжних складів кримінального правопорушення є недостатніми та потребують подальшого розвитку.

Постановка завдання. Метою статті є проведення порівняльно-правового аналізу з метою відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від суміжних складів кримінального правопорушення. Для досягнення цієї мети у статті поставлені такі завдання: визначити корупційні та інші службові правопорушення, які мають складі суміжні з правопорушенням, передбаченим ст. 368 КК України; окреслити спільні та відмінні ознаки складів кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, із суміжними складами; виявити проблемні питання щодо розмежування неправомірної вигоди від суміжних складів кримінальних правопорушень.

Виклад основного матеріалу. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди є корупційним кримінальним правопорушенням, який має склад суміжний з такими правопорушеннями, як прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди (ч. 3, 4 ст. 368-3), прийняття пропозиції, обіцянки або одержання аудитором, нотаріусом, приватним виконавцем, експертом, оцінювачем, третейським суддею або іншою особою, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (ч. 3, 4 ст. 368-4), незаконне збагачення (ст. 368-5), зловживання впливом (ст. 369-2), провокація підкупу (ст. 370) та ін.

З огляду на схожість предмету та об'єктивної сторони цих кримінальних правопорушень, а також певну невизначеність поняття «службової особи» саме як суб'єкта вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, на практиці подекуди виникають проблеми з кваліфікацією відповідного правопорушення.

Як зазначає з цього приводу О. С. Бондаренко, саме поняття «неправомірна вигода» як предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, має два аспекти формування: історичний та міжнародно-правовий. Крім того, науковець стверджує, що поняття «неправомірна

вигода» є комплексним та системним (складається з кількох категорій) [2, с. 14].

Наприклад, склади правопорушень, передбачених ст. 368, ч. 3 ст. 368-3 (Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми) та ч. 3 ст. 368-4 КК України (Підкуп особи, яка надає публічні послуги), перетинаються (співпадають) у таких ознаках як об'єкт (посягає на правові відносини у сфері встановленого порядку державного управління та надання публічних послуг), об'єктивна сторона (прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання), предмет (неправомірна вигода), суб'єктивна сторона (вина у формі умислу), проте, розрізняються такі правопорушення, головним чином, за суб'єктивним складом.

Зокрема, суб'єктом правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, є службова особа, визначення якої наведено у примітці 1 до ст. 364 КК України. Своєю чергою, суб'єктом прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за ч. 3 та ч. 4 ст. 368-3 є службова особа юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми, а за ч. 3 та 4 аудитором, нотаріус, приватний виконавець, експерт, оцінювач, третейський суддя або інша особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежний посередник чи арбітр під час розгляду колективних трудових спорів [1].

Таким чином, можна висувати, що суб'єктом кримінального, передбаченого ст. 368 КК України є будь-яка службова особа, включаючи службову особу, яка займає відповідальне та особливо відповідальне становище, а також керівники державних чи комунальних підприємств, установ чи організацій. При цьому суб'єктом прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за ч. 3, ч. 4 ст. 368-3 є саме службові особи юридичних осіб приватного права, тобто в цьому аспекті відсутні труднощі у розмежуванні суб'єктів [1].

Водночас, аналіз суб'єктного складу правопорушення, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368-4 КК України, свідчить про те, що вказані суб'єкти надання публічних послуг, хоча і є відмінними від службової особи, проте за деяких умов їх складно розрізнити, оскільки у диспозиції ч. 3 ст. 368-4 КК України законодавець використовує відкритий перелік осіб, які можуть стати суб'єктом цього правопорушення, зокрема застосовуючи вираз «інша особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг».

Тобто може виявитися, що певний суб'єкт може мати ознаки як службової особи у значенні примітки 1 до ст. 364 КК України, так і іншої особи, яка провадить професійну діяльність з надання публічних послуг. А це, своєю чергою, може призвести до проблем з кваліфікацією прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за ч. 1 ст. 368 КК України або за ч. 3 ст. 368-4 КК України, враховуючи, що ознака суб'єкта є єдиною у даному випадку для відмежування відповідних складів кримінальних правопорушень.

М. І. Хавронюк, досліджуючи формулювання, застосовані законодавцем для позначення суб'єктів кримінальних правопорушень у службовій сфері, дійшов висновку, що ознаки, які характеризують суб'єкта інших видів злочинів, що полягають в одержанні неправомірної вигоди, та поняття публічної службової особи (як суб'єкта за ст. 368), можуть перебувати у таких співвідношеннях: 1) виключати одне одного (публічна службова особа та працівник, який не є службовою особою, службова особа юридичної особи приватного права); 2) загального та спеціального (публічна службова особа та особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування); 3) частини і цілого – взаємно перекриватися [3, с. 142].

За таких умов розмежування складів кримінальних правопорушень, як правило, не викликає практичних труднощів, оскільки їх можна чітко відмежувати за ознакою суб'єкта.

Разом з тим, далі науковець звертає увагу, що особи, які надають публічні послуги, мають з публічними службовими особами однакові чи близькі функції, проте не наділені «посадовою ознакою» службової особи – не займають відповідних посад чи не виконують функції за спеціальним повноваженням, характерним для публічних службових осіб; виділення у числі суб'єктів вчинення кримінального правопорушення за ст. 368-4 КК України осіб, які надають публічні послуги, на думку М. І. Хавронюка, вказує на те, що законодавець охопив цією статтею і виконання ними повноважень, характерних для публічних службових осіб; публічні службові особи в законному порядку не можуть надавати публічні послуги, підкуп щодо яких охоплюється ст. 368-4 КК України [3, с. 142].

За таких умов, як правило, необхідно керуватися ознакою «загальності» кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, тобто існування будь-яких сумнівів у приналеж-

ності суб'єкта прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди до переліку суб'єктів, визначених у ч. 3 ст. 368-4 КК України, таке правопорушення доцільно кваліфікувати за ч. 1 ст. 368 КК України.

Що стосується кваліфікації діяння за ст. 368-3 або ст. 368-4, які об'єднує поняття «підкуп», то у кримінальному праві України здійснено класифікацію видів підкупу залежно від двох основних критеріїв, а саме: 1) залежно від ознак об'єктивної сторони відповідних складів злочину: активний та пасивний; 2) залежно від виду спеціального суб'єкта пасивного підкупу: підкуп виборця або учасника референдуму; працівника підприємства, установи чи організації; службової особи; службової особи юридичної особи приватного права; особи, яка надає публічні послуги; особи, яка має можливості впливу на державну службову особу; осіб, які мають можливість впливати на результати спортивних змагань; потерпілого; свідка; експерта у судовому провадженні [4, с. 200].

Відповідно, вказані особи стають потенційно можливими суб'єктами кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 або ч. 3 ст. 368-4 КК України, зокрема у разі, якщо такі особи погодяться на прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди.

При цьому, як зазначає М. А. Шепотько, під час кваліфікації провокації підкупу слід звертати увагу на те, що дане кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту вчинення будь-якої дії, яка утворювала би моделювання поведінки провокованої особи, а тому невдала провокація також має бути кваліфікована за основним складом ст. 370 КК України як закінчене кримінальне правопорушення [5, с. 99].

У цьому аспекті також необхідно звернути увагу, що законодавець виділив у окремий склад кримінальне правопорушення, передбачене ст. 369 КК України «Пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі», відмежувавши його від складу кримінального правопорушення за ст. 368 КК України «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди». Разом з тим, склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 368-3 та 368-4 КК України («Підкуп»), поєднує у собі як пропозицію неправомірної вигоди, так і її прийняття.

Деякі науковці звертають увагу, що такий підхід законодавця видається дещо непослідовним. Зокрема, М. Б. Желік вважає, що чинна редакція ч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, ч. 3, 4 ст. 368-3, ч. 3, 4

ст. 368-4, ч. 2, 3 ст. 369-2 КК України суперечить законам юридичної логіки [6, с. 34].

Необхідно погодитися з тим, що законодавцю слід було б дотримуватися єдиного підходу до формування складів вказаних суміжних кримінальних правопорушень. Наприклад, об'єднавши пропозицію та одержання неправомірної вигоди службовою особою в одну статтю.

Крім того, з огляду на те, що суб'єкти кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 та ст. 368-4 КК України, мають спільні ознаки, то, відповідно, їх також можливо було б об'єднати в один склад, уточнивши при цьому визначення поняття службової особи, наведене у примітці 1 до ст. 364 КК України, або перелічити відповідних суб'єктів у диспозиції відповідної статті.

Що стосується відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від інших суміжних складів кримінального правопорушення, зокрема незаконного збагачення (ст. 368-5 КК України) та зловживання впливом (ст. 369-2 КК України), то тут можна виокремити декілька критеріїв відповідного відмежування.

У науковій літературі з цього приводу зазначається, що співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368, ст. 368-3 та ст. 368-4» КК України з одного боку та ст. 369-2 «Зловживання впливом» КК України з іншого, існує конкуренція загальної і спеціальної норм; відтак, на думку деяких науковців, під час проведення кримінально-правової кваліфікації прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми або особою, яка надає публічні послуги з використанням наданої влади, службового становища чи повноважень слід застосовувати саме ст. 369-2 КК України як спеціальну норму [7, с. 75].

Таким чином, склади вказаних суміжних кримінальних правопорушень (фактично ст. 368 та ч. 3 ст. 369-2 КК України) слід відмежовувати не тільки за суб'єктом (зокрема, суб'єкт кримінального правопорушення за ст. 369-2 КК України є загальним, тобто ним може виступати будь-яка особа, яка обіцяє здійснити вплив на іншого суб'єкта, який вже є спеціальним), але й за деякими факультативними ознаками суб'єктивної

сторони, а саме – мотивами вчинення цього правопорушення.

Зокрема, у першому випадку (ст. 368 КК України) мотивами прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою є здійснення саме цією особою з використанням свого службового становища певних дій на користь надавача обіцянки, пропозиції або власне неправомірної вигоди.

У випадку кваліфікації правопорушення за ст. 369-2 КК України матиме місце мотив впливу суб'єктом вчинення цього правопорушення (ним може бути у тому числі службова особа) на іншу особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Своєю чергою відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України від неправомірного збагачення (ст. 368-5 КК України) слід здійснювати за декількома ознаками. Передусім, за ознаками об'єктивної сторони – кримінальне правопорушення, передбачене ст. 368-5 КК України, на відміну від передбаченого ст. 368 КК України, вважається закінченим з моменту фактичного набуття активів. Крім того, вчинення цього злочину не передбачає наявності такої ознаки, як вчинення певних дій або обіцянка вчинити певні дії з використанням свого службового становища. Причини та підстави неправомірного збагачення залишаються поза межами ознак складу цього правопорушення.

Також різним є предмет, який у ст. 368-5 КК України, на відміну від неправомірної вигоди, може означати лише матеріальний об'єкт – актив, роботи або послуги, проте, предмет досліджуваного кримінального правопорушення не може бути простою обіцянкою або пропозицією.

Вище були розглянуті критерії відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від суміжних складів найбільш подібних кримінальних правопорушень. Проте, на практиці можуть виникнути необхідність розмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України й з іншими, менш схожими складами.

Наприклад, одна із суддів звернула увагу на критерії розмежування одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК України) та шахрайства (ст. 190 КК України) [8].

У якості прикладу наведено постанову Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 жовтня 2022 р. у справі 686/13801/16-к, в якій суд запропонував

такі критерії розмежування відповідних складів кримінальних правопорушень: 1) якщо службова особа заради досягнення бажаного для себе результату використовує не свою владу або службове становище, а особисті зв'язки, дружні чи родинні стосунки з іншими, у тому числі й службовими особами, склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, відсутній; 2) дії службової особи, яка одержала гроші чи інші матеріальні цінності начебто для передачі іншій особі, а насправді мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК України, а за відповідною частиною ст. 190 КК України як шахрайство [9].

Отже, в даному випадку шахрайство та одержання неправомірної вигоди розмежовуються за способом вчинення правопорушення (у першому випадку службова особа застосовує обман, а у другому обіцянку використати своє службове становище), а також за мотивами вчинення.

Висновки. Відмежування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою від суміжних складів кримінального правопорушення здійснюється за такими ознаками складу правопорушення:

1) за суб'єктом: відмежування складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 368, ч. 3 ст. 368-3 та ч. 3 ст. 368-4 КК України здійснюється за суб'єктом, яким у випадку кваліфікації за ст. 368 КК України є службова особа у значенні, наведеному у примітці 1 до ст. 364 КК України; за ч. 3 ст. 368-3 – службова особа юридичної особи приватного права, незалежно від організаційно-

правової форми; за ч. 3 ст. 368-4 – перелічені у диспозиції цієї статті особи, а також інші особи, які здійснюють професійну діяльність у сфері надання публічних послуг;

2) за предметом: предметом правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України може бути як конкретно визначених об'єкт матеріального світу, так і нематеріальних об'єкт, а також обіцянка чи пропозиція у його надання; предметом правопорушення, передбаченого ст. 368-5 КК України є виключно матеріальний об'єкт – актив, роботи або послуги;

3) за деякими ознаками об'єктивної сторони: різним є спосіб вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 190 КК України (застосування обману, родинних зв'язків, зловживання довірою), та ст. 368 КК України (використання службового становища);

4) за деякими ознаками суб'єктивної сторони: мотиви мають значення для відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК України, від передбаченого ст. 369-2 КК України: у першому випадку (ст. 368 КК України) мотивами є здійснення саме суб'єктом з використанням свого службового становища певних дій на користь надавача обіцянки, пропозиції або власне неправомірної вигоди; у випадку кваліфікації правопорушення за ст. 369-2 КК України матиме місце мотив впливу суб'єктом вчинення цього правопорушення (ним може бути у тому числі службова особа) на іншу особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

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 – 10.02.2024).
2. Бондаренко О. С. Предмет злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Київ, 2016. 22 с.
3. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування; за ред. М.І. Хавронюка. К. : Москаленко О. М., 2019. 464 с.
4. Чернега Ю. О. Відповідальність за підкуп за кримінальним правом України. Дис. ... канд. юр. наук. Львів, 2019. 223 с.
5. Шепотько М. А. Кримінальна відповідальність за провокацію підкупу. Дис. ... доктор філософії. Одеса, 2022. 239 с.
6. Желік М. Б. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно-небезпечне діяння у вигляді прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні: зб. матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 18–19 серпня 2017 р.). Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», 2017. С. 33–36.
7. Дюрдь В. І. Проблемні питання відмежування зловживання впливом від суміжних складів злочинів (ст. 368, 3683, 3684 КК України). Правоохоронна функція держави: теоретико-методологічні та історико-правові проблеми. Харків, 2019. С. 73–75.
8. Проблемні питання розмежування окремих складів злочинів: суддя Вікторія Бучківська. Публікації лектора. 2023. URL : <https://www.hsa.org.ua/lectors/buchkivska-viktoriya/articles/problemni-pitannia-rozmezuvannia-okremix-skladiv-zlociniv-suddia-viktorii-buckivska> (дата звернення – 10.02.2024).

9. Постанова Верховного Суду від 17 жовтня 2022 року у справі 686/13801/16-к. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940469> (дата звернення – 10.02.2024).

Pushkar O.A. SEPARATE ISSUES OF LIMITATION OF ACCEPTANCE OF AN OFFER, PROMISE OR OBTAINING AN IRREGULAR OFFICIAL PERSON BENEFIT FROM RELATED ELEMENTS OF A CRIMINAL OFFENSE

The article provides a comparative and legal analysis of the provisions of certain articles of the Criminal Code of Ukraine, which provide for liability for offenses in the field of official activity and professional activity related to the provision of public services official person, with the aim of limiting the acceptance of an offer, promise or receiving an undue benefit from the adjacent structures of the criminal offense.

The author justifies that the composition of the criminal offense defined by Article 368 of the Criminal Code of Ukraine contains some similar features with the features of related offenses. It has been established that in practice there are some difficulties associated with distinguishing the acceptance of an offer, promise or receipt of an unlawful benefit from related offenses. It has been proven that the most similar signs contain the compositions of such offenses related to the acceptance of an offer, promise or receiving an illegal benefit, such as illegal enrichment, defined in Article 368-5 of the Criminal Code of Ukraine, abuse of influence (Article 369-2), provocation of bribery (Article 370).

The article defines corruption and other official offenses that are related to the offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine. The author outlines common and distinctive features of the components of the criminal offense provided for in Article 368 of the Criminal Code of Ukraine, with related components.

On the basis of what has been done, identify problematic issues regarding the distinction between illegal gains and related criminal offences. The author has developed separate criteria for distinguishing the acceptance of an offer, promise or receipt of an illegal benefit from related criminal offenses. Such criteria are proposed to include the subject, the objective side, and the subjective side, the signs of which make it possible to make the appropriate distinction.

Key words: *corruption offense, unlawful benefit, composition of the offense, demarcation, adjacent compositions.*