

**ПРАВОВА ЕКВІЛІБРИСТИКА, АБО ПРО ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ
У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ,
ПОВ'ЯЗАНОЇ З НАДАННЯМ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ,
ВІД АДМІНІСТРАТИВНИХ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ**

Дудоров О.О., д.ю.н, професор
Зеленов Г.М., к.ю.н., доцент

Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

Розглянуто питання відмежування корупційних правопорушень, передбачених статтями 172-2, 172-3, 172-5, 172-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення, від злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачених статтями 364, 364-1, 368, 368-3, 368-4, 369 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: корупційне правопорушення, одержання хабара, пропозиція хабара, давання хабара, комерційний підкуп, неправомірна вигода.

Дудоров А.А., Зеленов Г.М. ПРАВОВАЯ ЭКВИЛИБРИСТИКА, ИЛИ ОБ ОТГРАНИЧЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ СЛУЖЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, СВЯЗАННОЙ С ПРЕДОСТАВЛЕНИЕМ ПУБЛИЧНЫХ УСЛУГ, ОТ АДМИНИСТРАТИВНЫХ КОРРУПЦИОННЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ / Луганский государственный университет внутренних дел имени Э.О. Дидоренко, Украина

Рассмотрены вопросы отграничения коррупционных правонарушений, предусмотренных статьями 172-2, 172-3, 172-5, 172-9 Кодекса Украины об административных правонарушениях, от преступлений в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, предусмотренных статьями 364, 364-1, 368, 368-3, 368-4, 369 Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: коррупционное правонарушение, получение взятки, предложение взятки, дача взятки, коммерческий подкуп, неправомерная выгода.

Dudorov A.A., Zelenov G.M. LEGAL EQUILIBRATION OR TO THE QUESTION OF DISTINGUISHING CRIMINAL OFFENSES IN OFFICE AND PROFESSIONAL CRIMES RELATED TO RENDERING PUBLIC SERVICES FROM ADMINISTRATIVE CORRUPTION VIOLATIONS / Lugansk is a state university of internal affairs of the name of E.O. Didorenko, Ukraine

The questions of distinguishing corruption violations under Articles 172-2, 172-3, 172-5, 172-9 of the Ukrainian Code of Administrative Violations from Criminal Offenses in Office and Professional Crimes Related to Rendering Public Services under Articles 364, 364-1, 368, 368-3, 368-4, 369 of the Criminal Code of Ukraine are examined.

Key words: corruption violation, bribery, bribery proposal, giving a bribe, commercial pay-off, illegal gain.

У зв'язку з набранням чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (далі – Закон України від 7 квітня 2011 р.) у вітчизняному кримінальному та адміністративному законодавстві відбулися зміни концептуального характеру. По-перше, Розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), присвячений службовим злочинам, зазнав суттєвих змін, зокрема, у ньому знайшла відображення ідея диференціації кримінальної відповідальності за зловживання в публічній і непублічній управлінських сферах. По-друге, Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) було доповнено новою Главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», що містить низку складів адміністративних проступків, суміжних зі складами деяких злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Внаслідок цих змін виникла гостра необхідність у розробленні науково обґрунтованих рекомендацій щодо розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства.

Питання відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень висвітлювались, зокрема, у роботах П.П. Андрушка, Л.П. Брич, М.І. Мельника, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка. Утім, не всі висловлені цими дослідниками судження є безспірними, а окремі аспекти вказаного відмежування залишилися поза увагою науковців, у зв'язку з чим обрана проблематика потребує подальшого опрацювання.

До прийняття Закону України від 7 квітня 2011 р. законодавець у ст.368 КК України не встановлював мінімального розміру предмета хабара, вочевидь, виходячи з того, що будь-яка

незаконна винагорода так чи інакше порушує нормальне функціонування управлінської сфери, а тому має визнаватись злочином. У випадку одержання невеликих за розміром хабарів на практиці не виключалось застосування кримінально-правової норми про малозначність (ч.2 ст.11 КК). При цьому деякі автори пропонували виділити дрібне хабарництво в окремий склад злочину, за який має бути передбачено більш м'які міри покарання [1, 199–200; 2]. Як видається, ця пропозиція знайшла часткову підтримку в законодавця.

Так, статтею 172-2 КУпАП («Порушення обмежень щодо використання службового становища») передбачено відповідальність за порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди в розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – н.м.д.г.), або у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) такої вигоди для себе чи інших осіб. У ч.2 цієї статті КУпАП передбачено відповідальність за ті самі діяння, однак розмір неправомірної вигоди не повинен перевищувати ста н.м.д.г.

Здійснивши порівняльний аналіз ст.172-2 КУпАП, з одного боку, і ст.ст.364, 364-1 і 365-2 368, 368-3, 368-4 КК, з іншого, у системному взаємозв'язку з ч.2 ст.9 КУпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності, М.І. Хавронюк зробив висновок про те, що за наявності перелічених норм КК можливостей для застосування ст.172-2 КУпАП на практиці не залишається. В обґрунтування своєї позиції науковець звертається до п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 травня 1998 р. № 13 «Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією», відповідно до якого, якщо в діях особи, притягнутої до відповідальності на підставі Закону України від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією», будуть встановлені ознаки злочину, суддя має ухвалити постанову про закриття провадження в адміністративній справі та передачу матеріалів прокурору для вирішення питання про притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності. При цьому в ст.ст.368, 368-3 і 368-4 КК мінімальний розмір хабара (неправомірної вигоди) взагалі не визначено, а за ч.2 ст.368 КК карається одержання хабара в значному розмірі, яким є такий, що в п'ять і більше разів перевищує н.м.д.г. Звідси М.І. Хавронюк робить висновок про те, що відповідальність за ст.ст.368-3 і 368-4 і за ч.1 ст.368 КК повинна наставати незалежно від мінімального розміру хабара (неправомірної вигоди). Винятками, коли є підстави для застосування ст.172-2 КУпАП, на думку науковця, можуть бути лише ситуації, коли органи досудового слідства, оцінивши обставини справи, визнають, що одержання хабара, наприклад, у розмірі півтора чи два н.м.д.г., хоча формально і містить ознаки діяння, передбаченого ч.1 ст.368 КК, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяло і не могло заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. У цьому випадку орган досудового слідства, вважає М.І. Хавронюк, відповідно до алгоритму, визначеного законом, повинен: 1) застосувати ч.2 ст.11 КК України і не визнати вчинене діяння злочином; 2) закрити кримінальну справу або відмовити в її порушенні (відповідно до ст.ст.6-10 КПК України); 3) переконавшись у наявності ознак адміністративного правопорушення, передбаченого ст.172-2 чи іншою статтею КУпАП, направити матеріали справи органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про адміністративне правопорушення (відповідно до ч.6 ст.6 КПК України) [3, 111–112]. Частково підтримуючи позицію М.І. Хавронюка, вважаємо, що вирішення розглядуваного питання кваліфікації потребує диференційованого підходу.

Аналіз диспозиції ч.1 ст.172-2 КУпАП дає змогу зробити висновок, що в ній передбачено відповідальність за такі адміністративні делікти: 1) порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з одержанням за це неправомірної вигоди в певному розмірі; 2) порушення особою обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Отже, обидві форми об'єктивної сторони цього корупційного правопорушення обов'язково полягають у порушенні особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей. Проте в першому випадку винна особа ще й отримує за це неправомірну вигоду, а в другому випадку вона приймає обіцянку (пропозицію) такої вигоди.

Відмежовуючи першу форму об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ч.1 ст.172-2 КУпАП, від злочину, караного за ст.368 КК, ми поділяємо точку зору М.І. Хавронюка, однак вважаємо, що на її користь свідчить не стільки той факт, що в ч.1 ст.368 КК не визначено мінімальний розмір хабара, скільки те, що в ч.1 ст.368 КК передбачено відповідальність за одержання хабара в розмірі, що не перевищує п'яти н.м.д.г., тобто предмет правопорушення, передбаченого ч.1 ст.172-2 КУпАП, і предмет злочину, передбаченого ч.1 ст.368 КК, збігаються за розміром, у зв'язку з чим тут вбачаються підстави для застосування ч.2 ст.9 КУпАП.

З огляду на сказане, ми поділяємо висловлену в юридичній літературі думку про неправильність застосування ст.172-2 КУпАП щодо: помічника судді, яка вимагала й отримала від порушника правил дорожнього руху 1 тис. 790 грн. за сприяння у винесенні суддею постанови про закриття адміністративної справи; інспектора дорожньо-патрульної служби, який вимагав і одержав від водія 1 тис. грн. за непритягнення його до адміністративної відповідальності; директора комунального підприємства, який отримав від двох громадян 1 тис. 95 і 1 тис. 184 грн. за надання послуг з поховання померлих учасників бойових дій [4, 30]. У діях вказаних службових осіб вбачаються ознаки складу злочину «одержання хабара».

Питання про відмежування порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з одержанням неправомірної вигоди (ч.1 ст.172-2 КУпАП) від злочинів, передбачених ч.3 ст.368-3 та ч.4 ст.368-4 КК, слід вирішувати інакше.

Задля цього варто пригадати, що в диспозиціях ч.1 ст.185, ч.1 ст.190 і ч.1 ст.191 КК мінімальний розмір майна як предмета, відповідно, крадіжки, шахрайства, привласнення та розтрати майна також не визначено. Але ні в кого не викликає сумнівів, що особа може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ст.ст.185, 190 і ст.191 КК лише у випадку, якщо вартість викраденого майна на момент вчинення правопорушення перевищує 0,2 н.м.д.г. Тобто чіткий (формалізований) критерій розмежування адміністративно караного дрібного викрадення чужого майна та крадіжки, шахрайства, привласнення і розтрати як злочинів проти власності міститься не в КК, а в КУпАП (його ст.51).

На відміну від ст.368 КК, у ст.ст.368-3 і 368-4 КК не закріплюються кваліфікуючі ознаки, пов'язані з розміром неправомірної вигоди як предмета, відповідно, комерційного підкупу і підкупу особи, яка надає публічні послуги. Сказане наводить на думку про те, що критерій розмежування деліктів, передбачених ст. 172-2 КУпАП і ч.3 ст.368-3 та ч.3 ст. 368-4 КК, закріплено саме в ч.2 ст.172-2 КУпАП. І дорівнює цей критерій ста н.м.д.г. Отже, можна констатувати часткову декриміналізацію пов'язаних з одержанням неправомірної вигоди дій, якщо їх суб'єктами виступають службові особи юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми або особи, які надають публічні послуги.

На підтвердження пропонованого підходу вважаємо за доречне навести міркування Л.П. Брич щодо розмежування, з одного боку, одержання неправомірної вигоди (ст.212-21 КУпАП визнавала проступком одержання відповідним суб'єктом неправомірної вигоди для себе чи іншої особи у розмірі, що не перевищує п'яти н.м.д.г.) та, з іншого боку, комерційного підкупу, підкупу особи, яка надає публічні послуги, і незаконного збагачення (ст.ст.235-4, 235-5, 368-1, якими КК було доповнено на підставі Закону від 11 липня 2009 р. «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України відносно відповідальності за корупційні правопорушення», не встановлювали мінімальний розмір неправомірної вигоди як предмета вказаних злочинів). На думку Л.П. Брич, у цьому випадку мала місце конкуренція кримінально-правової та адміністративно-правової норм як загальної і спеціальної, де адміністративно-правова норма відіграла роль спеціальної. Ознакою, яка визначала спеціальний характер адміністративно-правової норми, виступав якраз закріплений у КУпАП розмір предмета правопорушення. Одержання відповідним суб'єктом неправомірної вигоди в розмірі, що перевищує п'ять н.м.д.г., мало тягнути за собою кримінальну відповідальність за однією із зазначених норм КК залежно від суб'єкта злочину [5].

Принагідно звернемо увагу на неузгодженість, притаманну чинній редакції ч.1 ст.172-2 КУпАП. У ній йдеться про використання службових повноважень у той час, як у ч.3 ст.368-4 КК говориться про одержання особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з

використанням наданих їй повноважень. Це може навести на думку про те, що особи, які надають публічні послуги, не підлягають відповідальності за ст.172-2 КУпАП. Водночас вказівка в п.1 примітки до цієї статті КУпАП на те, що суб'єктом відповідних правопорушень є особи, визначені в пп.1-3 ч.1 ст.4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», свідчить на користь того, що особи, які надають публічні послуги, все ж є суб'єктами такого адміністративного правопорушення, як порушення обмежень щодо використання службового становища. Якщо законодавець, справді, мав на меті запровадити адміністративну відповідальність за порушення обмежень щодо використання службового становища в тому числі для осіб, які надають публічні послуги, з ч.1 і ч.2 ст.172-2 КУпАП бажано виключити слово «службових».

Із диспозицій ст.368, ч.3 ст.368-3, ч.3 ст.368-4 КК випливає тісний і нерозривний зв'язок між одержанням хабара (неправомірної вигоди) і виконанням або невиконанням особою, яка одержує хабар (неправомірну вигоду), дій із використанням свого службового становища. Відсутність або недоведеність такого зв'язку виключає наявність зазначених складів корупційних злочинів. Разом із тим фактичне виконання або невиконання дій по службі або при наданні публічних послуг знаходиться поза межами об'єктивної сторони одержання хабара, комерційного підкупу та підкупу особи, яка надає публічні послуги.

На відміну від ст.368, ч.3 ст. 368-3, ч.3 ст.368-4 КК, як у назві ст.172-2 КУпАП, так і в диспозиціях її ч.1 і ч.2 акцентується увага на фактичному використанні винною особою свого службового становища. При цьому друга форма об'єктивної сторони адміністративного проступку полягає в дії – порушенні особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей, вчиненому у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Як слушно зазначає М.І. Хавронюк, «підстав для відповідальності за ст.172-2 КУпАП немає, якщо особа мала за мету одержати неправомірну вигоду, але не одержала її і не вчинила конкретних дій (вимагання, прохання тощо) для її одержання (замах на адміністративний проступок не карається), а також якщо особа вчинила неправомірні дії взагалі без розрахунку на одержання неправомірної вигоди» [3, 283].

З аналізу Розділу XVII Особливої частини КК випливає, що в ньому міститься три склади злочинів, які також можуть розглядатися як порушення особою встановлених законом обмежень щодо використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей, пов'язані з прийняттям обіцянки (пропозиції) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб. Це: зловживання владою або службовим становищем (ст.364 КК); зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст.364-1 КК); зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст.365-2 КК).

У цих складах злочинів, як і в другій формі об'єктивної сторони адміністративного проступку, передбаченого ч.1 ст.172-2 КУпАП, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є зловживання повноваженнями, що може вчинятися з корисливих мотивів. Це у свою чергу дозволяє зробити висновок про те, що дії, передбачені ст.ст.364, 364-1, 365-2 КК, вчинені з корисливих мотивів, якщо вони не завдали істотної шкоди чи тяжких наслідків охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, необхідно кваліфікувати за ч.1 або 2 ст.172-2 КУпАП, а у випадку заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків – за відповідною статтею КК.

На думку М.І. Хавронюка, проблему конкуренції ст.172-2 КУпАП у тому числі зі ст.ст.364, 364-1, 365-2, 423 КК треба вирішувати з урахуванням сформульованого Л.П. Брич правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої підлягає кваліфікації». Відповідно, зловживання службовим становищем (своїми повноваженнями), пов'язане з одержанням належним суб'єктом неправомірної вигоди в розмірі, що не перевищує ста н.м.д.г., має кваліфікуватись за ч.1 або ч.2 ст.172-2 КУпАП [3, 283]. Погоджуючись по суті із зробленим висновком, водночас зауважимо, що він певною мірою суперечить наведеному вище висловлюванню М.І. Хавронюка, заснованому на ч.2 ст 9 КУпАП, про неможливість застосування на практиці ст.172-2 КУпАП.

Очевидно, що ця стаття КУпАП сконструйована вкрай невдало та, можна сказати, без урахування положень кримінального законодавства, у зв'язку з чим вона потребує викладення в новій редакції. По-перше, необхідно в законодавчому порядку чітко розмежувати адміністративну відповідальність за одержання неправомірної вигоди та адміністративну відповідальність за зловживання повноваженнями і пов'язаними з цим можливостями, передбачивши відповідальність за ці діяння в різних частинах ст.172-2 або навіть у різних статтях КУпАП. По-друге, треба чітко визначити ознаку, за якою адміністративне правопорушення слід відмежовувати від злочинів, передбачених ст.364, ст.364-1, ст.365-2, ч.1 ст.368, ч.3 ст.368-3, ч.3 ст.368-4 КК. По-третє, при визначенні суб'єктного складу правопорушників, які можуть нести адміністративну відповідальність за вчинення корупційних правопорушень, доцільно використовувати термінологію КК, а не Закону «Про засади запобігання і протидії корупції».

Ще один адміністративний делікт, який потребує відмежування від злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, передбачено ст.172-3 КУпАП («Пропозиція або надання неправомірної вигоди»). У ч.1 цієї статті передбачено адміністративну відповідальність за пропозицію або надання службовій особі неправомірної вигоди безпосередньо такій чи іншій особі в розмірі, що не перевищує п'яти н.м.д.г, а в ч.2 – за ті самі дії, якщо розмір неправомірної вигоди не перевищує ста н.м.д.г.

Поряд із цим у ч.1 ст.368-3 та ч.1, ч.2 ст.369 КК встановлено кримінальну відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди (хабара) службовій особі юридичної особи приватного права та службовій особі, вказаній у п.1 примітки до ст.364 КК. При цьому ні в ч.1 ст.368-3, ні в ч.1 і ч.2 ст.369 КК мінімальний розмір неправомірної вигоди (хабара) не визначено. Виходить, що при розмежуванні комерційного підкупу, пропозиції або давання хабара як злочинів та адміністративного проступку, передбаченого ст.172-3 КУпАП, також слід виходити із закріпленого в КУпАП критерію, який відповідно до ч.2 ст.172-3 КУпАП дорівнює ста н.м.д.г.

Тут доречно нагадати, що, розмежовуючи ст.212-22 КУпАП («Підкуп») і ч.1 ст.235-4 («Комерційний підкуп»), ч.1 ст.235-5 («Підкуп особи, яка надає публічні послуги»), ст.368-1 («Незаконне збагачення»), ст.369 («Пропозиція або давання хабара») КК – заборони, які з'явилися на підставі Закону від 11 липня 2009 р. «Про внесення змін в деякі законодавчі акти України відносно відповідальності за корупційні правопорушення», Л.П. Брич запропонувала подібний підхід. На її думку, у цьому випадку також мала місце конкуренція кримінально-правової (загальної) та адміністративно-правової (спеціальної) норм. Ознакою, яка визначала спеціальний характер адміністративно-правової норми, котра і підлягала застосуванню в цій ситуації, було визнано розмір предмета адміністративного правопорушення, що за тогочасним законодавством не перевищував п'яти н.м.д.г. [5].

Не викликає сумнівів, що закріплений у чинному законодавстві критерій розмежування діянь, караних за ст.172-3 КУпАП і ст.ст.368-3, 369 КК, є занадто завищеним, не відповідає потребам боротьби з корупцією, а тому законодавець має внести корективи до ст.172-3 КУпАП, суттєво знизивши розмір неправомірної вигоди, пропонування або надання якої визнається не злочином, а адміністративним проступком.

З цієї ж причини нам важко погодитись із пропозицією внести такі зміни до ч.1 ст.368 КК, згідно з якими кримінальна відповідальність за одержання хабара наставатиме лише в тому разі, коли вартість відповідного предмета в десять і більше разів перевищує н.м.д.г. [6, 7].

Викликає зауваження і спосіб визначення тієї категорії осіб, пропонування або надання якій неправомірної вигоди тягне адміністративну відповідальність. У ч.1 ст.172-3 КУпАП встановлено відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди службовій особі. У примітці до цієї статті зазначено, що під службовою особою тут слід розуміти особу, визначену в пп.1-3 ч.1 ст.4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції». Але в п.2 ч.1 ст.4 цього Закону вказано і на осіб, які надають публічні послуги. На нашу думку, при конструюванні ст.172-3 КУпАП також варто було використовувати не положення Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», а термінологію, вжиту в Розділі XVII Особливої частини КК України, або принаймні точніше визначити категорії службових осіб, яким

пропонують або надають неправомірну вигоду. Наприклад, так, як це зроблено в примітці до ст.172-5 КУпАП.

Також незрозуміло, чому пропонування або надання неправомірної вигоди незалежно від її розміру особі, яка надає публічні послуги, одразу має тягнути кримінальну відповідальність за ст.368-4 КК.

Свого часу Б.В. Волженкін писав, що, якщо матеріальна цінність отриманого в знак подяки предмета є явно незначною (букет квітів, коробка цукерок тощо), і з боку особи, яка вручила такий предмет, це було виключно знаком вдячності, уваги, то необхідно вести мову лише про службовий проступок, який не досяг суспільної небезпеки, притаманної злочину [7, 25]. Водночас з точки зору новел антикорупційного законодавства України не слід забувати про наявність в КУпАП ст.172-5, частиною 1 якої передбачено відповідальність за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви). Зазначені обмеження встановлені в ч.2 ст.8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якою особи, вказані в п.1 та пп. «а», «б» п.2 ч.1 ст.4 цього Закону, можуть приймати дарунки, які відповідають загально визнаним уявленням про гостинність, та пожертви (крім випадків, передбачених законом). При цьому вартість таких дарунків (пожертв) не повинна перевищувати 50 % мінімальної заробітної плати, встановленої на день прийняття дарунка (пожертви), одноразово, а сукупна вартість таких дарунків (пожертв), отриманих з одного джерела протягом року, – однієї мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня поточного року. Суб'єктом зазначеного адміністративного правопорушення виступають службові особи державних органів влади, місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного права, а також особи, які надають публічні послуги.

На відміну від одержання хабара (ст.368 КК) та підкупу особи, яка надає публічні послуги (ч.3 ст.368-4 КК), особа, винна у вчиненні правопорушення, передбаченого ч.1 ст.172-5 КУпАП, отримує дарунок (пожертву) не за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабар (неправомірну вигоду), чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданих їй повноважень, а, умовно кажучи, просто так.

Складніше відмежувати правопорушення, описане в ч.2 ст.172-5 КУпАП, від злочинів, передбачених ст.368 і ч.3 ст.368-4 КК. У ч.2 ст.172-5 КУпАП говориться про порушення встановленої законом заборони щодо одержання дарунка (пожертви). Ця заборона передбачена в ч.1 ст.8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якою особам, зазначеним у п.1 та пп.«а», «б» п.2 ч.1 ст.4 Закону, забороняється безпосередньо або через інших осіб одержувати дарунки (пожертви) від юридичних або фізичних осіб: 1) за рішення, дії чи бездіяльність в інтересах дарувальника, що приймаються, вчиняються як безпосередньо такою особою, так і за її сприяння іншими посадовими особами та органами; 2) якщо особа, яка дарує (здійснює) дарунок (пожертву), перебуває в підпорядкуванні такої особи.

Аналізуючи попередню редакцію вітчизняного антикорупційного законодавства, Л.П. Брич вказувала на незрозумілість співвідношення понять «особистий подарунок» і «хабар», котрі відображали предмети, відповідно, адміністративного правопорушення, передбаченого ст.212-32 КУпАП («Незаконне одержання подарунка») і злочину, зафіксованого в ст.368 КК («Одержання хабара»), що, на думку авторки, унеможливило визначення співвідношення між складами названих правопорушень. У ст.5 Закону України від 11 липня 2009 р. «Про засади попередження та протидії корупції» містилася заборона для суб'єктів корупційних правопорушень приймати подарунки у зв'язку з виконанням ними функцій держави або органів місцевого самоврядування. Прийняття інших подарунків знаходилося поза сферою регулювання антикорупційного законодавства. Але те, що приймається у зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, якщо воно носить майновий характер, традиційно в кримінальному праві вважається хабарем. У зв'язку з цим у Л.П. Брич виникло резонне запитання про те, чи будь-який хабар тепер називатиметься подарунком, чи лише певні різновиди того, що за чинним КК України визнається хабарем, згідно з новим антикорупційним законодавством ідентифікуватимуться як подарунок? [5].

Зміни антикорупційного законодавства, ухвалені у 2011 р., створили аналогічну, але ще більш складну для вирішення проблему. Річ у тім, що правопорушення, передбачене ч.2 ст.172-5 КУпАП, з урахуванням п.1 ч.1 ст.8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» досить

непросто відмежувати від одержання хабара – подяки, тобто хабара, якому не передусе домовленість між службовою особою і тим, хто передає неправомірну вигоду. На сьогодні переважна більшість науковців вбачає всі ознаки одержання хабара в діях тієї особи, яка отримує заздалегідь необумовлену майнову винагороду. Правова оцінка хабара – підкupu і хабара – подяки згідно з чинним кримінальним законодавством України є однаковою: ст.368 КК не розрізняє вказані різновиди злочину і встановлює за їх вчинення однакову відповідальність, що не означає їх однакової суспільної небезпеки (підкуп справедливо розглядається як більш суспільно небезпечне діяння). Криміналізація хабара – подяки зазвичай пояснюється тим, що: необумовлені заздалегідь винагороди нерідко передаються з розрахунком користуватись послугами службової особи в майбутньому; хабарі – подяки руйнують систему управління державою, отримані від одного громадянина, вони можуть мати своїм результатом прагнення отримувати винагороди від усіх, хто вимушений звертатись до конкретної службової особи. Верховний Суд України також розглядає хабар – подяку як різновид злочину, передбаченого ст.368 КК. У п.3 постанови Пленуму від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснюється, що відповідальність за одержання хабара настає незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано хабар, був чи не був він обумовлений до їх вчинення, виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити.

Порівняльний аналіз ст.ст.368 КК, 212-32 КУпАП і ст.5 Закону України «Про засади попередження та протидії корупції» дозволив Л.П. Брич стверджувати, що згідно з чинним на той час антикорупційним законодавством злочин «одержання хабара» міг мати місце, коли винагорода одержується не у зв'язку з абстрактним виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення цілком конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Отримання ж іншого стимулювання, у тому числі такого, що мало майновий характер, могло називатись отриманням подарунка і тягнути за собою адміністративну відповідальність [5].

Складність при розмежуванні хабара – подяки (ст.368 КК) і порушення встановленої законом заборони щодо одержання дарунка (пожертви) (ч.2 ст.172-5 КУпАП) полягає в тому, що в ч.2 ст.172-5 КУпАП серед іншого передбачено адміністративну відповідальність за одержання дарунка (пожертви) не у зв'язку із згаданим Л.П. Брич абстрактним виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення цілком конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Таким чином, можна констатувати, що відбулася часткова декриміналізація діянь, які з точки зору чинного КК взагалі-то мають розцінюватись як одержання хабара.

Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви), якщо його (її) розмір перевищує сто н.м.д.г., за наявності підстав може кваліфікуватись за ст.368-2 КК як незаконне збагачення [4, 29].

Ще одне правопорушення, яке підлягає відмежуванню від службових злочинів, передбачено ст.172-9 КУпАП. Ця норма передбачає адміністративну відповідальність за невиконання передбачених законом заходів посадовою чи службовою особою органу державної влади, посадовою особою місцевого самоврядування, юридичної особи, їх структурних підрозділів у разі виявлення корупційного правопорушення.

Розглядаючи попередні зміни до антикорупційного законодавства, Л.П. Брич вказувала на наявність колізії між ст.212-29 КУпАП («Невиконання заходів щодо запобігання та протидії корупції») і ст.364 КК («Зловживання владою або службовим становищем»). Невиконання службовою особою заходів щодо подолання вчинення злочинів її підлеглими традиційно в кримінальному праві вважалось потуранням вчиненню злочинів і розглядалось як одна з форм зловживання владою або службовим становищем. Також вважалось, що саме це потурання автоматично тягне за собою наслідки у вигляді шкоди інтересам держави. Колізія полягала в тому, що одне й те саме діяння в законодавстві одночасно називалось і злочинном, і адміністративним правопорушенням [5].

Не дивлячись на те, що ст.172-9 КУпАП зазнала істотних змін порівняно зі ст.212-29 КУпАП, позначена вище колізія не знайшла свого вирішення. У ст.172-9 КУпАП йдеться про невиконання передбачених законом заходів у разі виявлення відповідним суб'єктом корупційного

правопорушення, яким згідно з ч.4 ст.1 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» є умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною в ч.1 ст.4 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність.

Проведене дослідження дає підстави для твердження про те, що замість проголошеного посилення боротьби з корупцією нові українські закони поставили в пільгове становище осіб, які вчиняють корупційні правопорушення. Крім того, у багатьох випадках досить складно навіть на теоретичному рівні відмежувати адміністративно карані корупційні проступки від злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Як це не дивно звучить, але щодо зазначеного відмежування при бажанні можна дійти діаметрально протилежних висновків залежно від того, з якого правила ми будемо при цьому виходити: або з ніким поки що не скасованої ч.2 ст.9 КУпАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правових заборон), або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми).

Насамкінець висловимо сподівання на те, що тенденції і проблеми правозастосовної практики, пов'язані з розмежуванням злочинних та адміністративно караних корупційних правопорушень, у найближчому майбутньому стануть предметом відповідного узагальнення і розгляду Пленумом Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов. – К.: Наукова думка, 1978. – 303 с.
2. Письменський Є. Посилення заходів кримінально-правової репресії за хабарництво – нагальна необхідність чи явна хибність? / Євген Письменський // Юридичний вісник України. – 2009. – № 33 (737). – С. 6–7.
3. Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» / М.І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2011. – 424 с.
4. Наджафов О. Деякі питання розмежування корупційних правопорушень / О. Наджафов // Вісник прокуратури. – 2012. – № 1. – С. 24–33.
5. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України) / Л. Брич // Юридичний вісник України. – 8-14 травня 2010 р. – № 19 (775) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.yuricom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5898&jid=376
6. Ковбасюк В. Антикорупційне законодавство України необхідно вдосконалити / В. Ковбасюк // Вісник прокуратури. – 2011. – № 12. – С. 5–11.
7. Волженкин Б.В. «Обычный подарок» или взятка? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1997. – № 4. – С. 24–26.