

УДК 343.352

ВІДМЕЖУВАННЯ ПОДАРУНКА ВІД НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ЯК ПРЕДМЕТА КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ

Рубан Павлівна Катерина

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри професійних та
спеціальних дисциплін
(Херсонський факультет Одеського
державного університету внутрішніх
справ, м. Херсон, Україна)

Автором статті розглянуто норми антикорупційного законодавства України, та визначено критерії відмежування подарунка від неправомірної вигоди як предмета корупційних злочинів. Обґрунтовано принципову відмінність між неправомірною вигодою, яка належить до корупційних правопорушень і містить ознаки корупції та порушеннями обмежень у прийнятті подарунків службовими особами, які належать до правопорушень пов'язаних з корупцією. У роботі розкрито різницю між подарунком та неправомірною вигодою за характерними ознаками. Тільки неправомірна вигода може бути нематеріального чи негрошового характеру. На відміну від неї подарунок, який надають / одержують за ціною, нижчою мінімальної ринкової обов'язково повинен мати вартісну характеристику.

Окрему увагу приділено дослідженню мотивів, якими керуються надавач і одержувач, а саме аргументовано необхідність включення корисливого мотиву у конструкцію кримінально-правової норми. Відсутність корисливого мотиву з боку обдарованого службовця має стати ще одним критерієм відмежування означених правових категорій.

Зауважено на наявні у нормах закону України «Про запобігання корупції» очевидні прогалини, а саме: відсутність у переліку близьких осіб рідного дядька, рідної тітки, племінника і племінниці. Відсутні у формулюванні дозволених подарунків «загальноприйнятність або соціальна допустимість подарунку» як традиційна риса українського менталітету. У статті зазначається про необхідність закріплення у кримінальному кодексі України обумовленості між сторонами про угоду надання-одержання неправомірної вигоди.

Ключові слова: антикорупційне законодавство, неправомірна вигода, хабар, подарунок службовій особі, корупційне правопорушення, правопорушення пов'язане із корупцією, розмежування видів відповідальності.

Разграничение подарка от неправомерной выгоды как предмета коррупционных преступлений

Рубан Екатерина Павловна

кандидат юридических наук,
доцент кафедры профессиональных и
специальных дисциплин

(Херсонский факультет Одесского государственного университета внутренних дел, г. Херсон, Украина)

Автором статьи рассмотрены нормы антикоррупционного законодательства Украины, и определены критерии отграничения подарка от неправомерной выгоды как предмета коррупционных преступлений. Обоснованно принципиальное различие между неправомерной выгодой, которая относится к коррупционным правонарушениям и содержит признаки коррупции и нарушениями ограничений в принятии подарков должностными лицами, принадлежащим к правонарушениям связанным с коррупцией. В работе раскрыто разницу между подарком и неправомерной выгодой по характерным признакам. Только неправомерная выгода может быть нематериального или не денежного характера. В отличие от нее подарок, который предоставляют / получают по цене ниже минимальной рыночной обязательно должен иметь стоимость (ценовую характеристику).

Особое внимание уделено исследованию мотивов, которыми руководствуются лица. Аргументирована необходимость включения корыстного мотива в конструкцию уголовно-правовой нормы. Отсутствие корыстного мотива со стороны одаренного служащего должно стать еще одним критерием отграничения указанных правовых категорий.

В нормах закона Украины «О предотвращении коррупции» очевидны пробелы, а именно: отсутствие в перечне близких лиц родного дяди, родной тети, племянника и племянницы. Отсутствуют в формулировке разрешенных подарков такая традиционные черта украинского менталитета как «обще приемлемость или социальная допустимость подарка». В статье отмечается о необходимости закрепления в уголовном кодексе Украины обусловленности между сторонами о передаче и принятии неправомерной выгоды.

Ключевые слова: антикоррупционное законодательство, неправомерная выгода, взятка, подарок должностному лицу, коррупционное правонарушение, правонарушение связанное с коррупцией, разграничения видов ответственности.

Distinction of the gift from unlawful profit in the corruption crimes

Ruban Katerina Pavlovna
candidate of law sciences,
associate professor of the department of
professional and special disciplines
(Kherson faculty of Odessa state
University of internal Affairs, Kherson,
Ukraine)

The author of the article reviews the norms of anti-corruption legislation of Ukraine, and defines the criteria for distinguishing gifts from unlawful benefits in corruption crimes. The basic difference between the unlawful benefit, which belongs to corruption offenses, is substantiated. Illicit benefits include signs of corruption. Violations of the limitations in the acceptance of gifts by officials constitute corruption offenses, for which, first of all, there is an administrative responsibility.

When giving a gift to a special subject, signs of corruption are absent. A gift person does not act in order to incline a special subject to the unlawful use of the authority given to him or the related capabilities. The absence of such a purpose and illegal interest points to the absence of social danger in the actions of both parties. There are no grounds for criminal liability in accordance with Part 1 of Art. 2 of the Criminal Code of Ukraine.

The paper reveals the difference between the gift and the unlawful benefit of the characteristic features. Only unlawful benefits may be of non-financial or non-monetary nature. Unlike her, a gift that gives or receives a price, the lower the minimum market must necessarily have value.

Any other benefits of immaterial or non-monetary nature are, for example, the receipt by the official of any information on the physical medium or displayed electronically; awarding her honorary titles, which do not have a state significance; satisfaction of the sexual needs of an official; lobbying its interests at the relevant authorities, etc.

Gifts can be obtained by an official, subject to several restrictions: the gift meets the generally accepted notions of hospitality (for example, receiving small gifts during visits of representatives of foreign states, international organizations, etc.); Receiving a gift will not violate these prohibitions (that is, the receipt of gifts is not connected with the decision making in favor of donors, and the gift is not carried out by a subordinate official); the cost of a gift does not exceed the cost of one or two subsistence minima (as of 2017, a gift may not be more expensive than 53 euros, and in a year the official can accept gifts for a sum not more than 106 euros).

It is noted that there are obvious gaps in the norms of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption", namely: there are no "general acceptability or social admissibility of gifts" in the formulation of permitted gifts as a traditional feature of the Ukrainian mentality.

Absence in the list of close persons who are allowed to give gifts to officials: his uncle, his aunt, nephew and niece. The article states the necessity of consolidation in the Criminal Code of Ukraine of the terms of the agreement between the parties about unlawful benefits. The necessity to include a motives of self-interestn the article on corruption crimes in the Ukrainian Criminal Code is argued.

Key words: anti-corruption legislation, unlawful profit, bribe, gift to official, corruption offense, offense related to corruption, delineation of liability.

Постановка проблеми. Необхідність розмежування неправомірної вигоди і звичайного подарунка очевидна. Особливої актуальності вона набула саме після кардинальних змін у антикорупційному законодавстві з 2013 року, які полягали у виключенні із КК України поняття хабара та появи нового для кримінально-правового закону поняття неправомірної вигоди. Продовженням таких суттєвих перетворень стала остаточна відмова законодавця у 2015 році від визначення мінімального розміру неправомірної вигоди необхідного для кваліфікації статей, які передбачали кримінальну відповідальність за такі дії (ст. 354 «Підкуп працівника державного підприємства, установи чи організації», ст. 364–1 «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», ст. 365–2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги», ст. 368

«Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою», ст. 368–3 «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми», ст. 368–4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», ст. 369 «Пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі», ст. 369–2 «Зловживання впливом» КК України). Тепер не існує чіткої вартісної межі для неправомірної вигоди, і відсутність складу корупційного злочину пов'язаного із неправомірною вигодою (обіцянка, пропозиція, надання чи одержання) вирішуються на підставі ч. 2 ст. 11 КК України, яка визначає поняття малозначності діяння.

Прийняття Закону № 1700 «Про запобігання корупції», безумовно, було витребувано часом та мало б задовольнити очікування суспільства щодо конкретних кроків в дієвій боротьбі з корупцією в нашій країні. На жаль, необхідність таких кроків, в умовах обмеженого часу, зумовила недосконалість цього Закону в частині побудови чіткої системи боротьби з корупцією, застосування невдалих юридичних конструкцій, неврахування принципів правової визначеності (умова забезпечення передбачуваності застосування правової норми), ясності і недвозначності правової норми. Тож, з огляду на це досить неоднозначною здається норма, що регламентує таке суспільне явище як дарування особі, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Розглядувана проблема має комплексний характер і тому різні її аспекти відображені в наукових працях про кримінальну відповідальність за корупційні злочини. Зокрема, ці питання досліджували П. П. Андрушко, О. Ю. Бусол, С. В. Гізімчук, Ю. В. Гродецький, Ю. В. Дьомін, О. О. Дудоров, К. П. Задоя, В. М. Киричко, М. В. Кочеров, Г. С. Крайник, В. М. Куц, М. І. Мельник, І. Є. Мезенцева, Д. Г. Михайленко, В. О. Навроцький, В. І. Осадчий, А. В. Савченко, Т. І. Слущка, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Ф. В. Шиманський, Н. М. Ярмиш, О. Д. Ярошенко та ін.

Метою статті є спроба визначити критерії відмежування подарунка від неправомірної вигоди як предмета корупційних злочинів.

Виклад основного матеріалу.

Проблема кримінально-правового аналізу неправомірної вигоди як предмета підкупу порівняно не нова для теорії та практики кримінального права. Так, зокрема, у теорії кримінального права виокремлювався т. зв. хабар–підкуп, коли предмет хабара вручається посадовій особі до виконання в інтересах хабародавця зумовлених з ним дій або передається посадовій особі після виконання певних дій в інтересах хабародавця, але робиться це за попередньою домовленістю між учасниками дачі–одержання хабара. Хабар–винагорода, коли предмет хабара передається посадовій особі після

вчинення нею відповідних дій в інтересах хабародавця, навіть якщо така незаконна винагорода не була зумовлена попередньою домовленістю [1, с. 66]. Дослідження предмета хабарництва, а згодом і підкупу, було розвинена у зв'язку з імплементацією у кримінальний кодекс України міжнародних антикорупційних стандартів.

У зв'язку з цим у спеціальній літературі розроблялися дискусійні питання щодо змістового наповнення поняття “хабар–підкуп”, його матеріального та нематеріального характеру, проблем матеріальної оцінки його розміру, можливості та доцільності притягнення винного до кримінальної відповідальності за т. зв. “дрібний хабар” тощо. В останніх кримінально–правових дослідженнях переважно акцентувалася увага на з'ясуванні повноти та послідовності імплементації у вітчизняне кримінальне законодавство положень міжнародних стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією РЄ 1999 р. Відтак обґрунтовувалася необхідність уніфікації поняття “неправомірна вигода” у різних нормативно–правих актах у межах антикорупційного законодавства України, здійснювався порівняльно–правовий аналіз неправомірної вигоди та хабара, вивчалася співвідношення змісту неправомірної вигоди як предмета корупційного діяння і як його мета, роз'яснювалися нові положення щодо змістового наповнення предмета неправомірної вигоди, уточнювалися окремі ознаки неправомірної вигоди, що загалом має значення для полегшення правозастосування антикорупційних положень кримінального закону України. При цьому ознаки неправомірної вигоди системно не досліджувалися, що не сприяє цілісному уявленню особливостей неправомірної вигоди як предмета підкупу за кримінальним кодексом України.

Тепер що стосується подарунків. Тут ніхто не обмежений в тому, що може прийняти подарунок. Він приймається абсолютно будь–якою людиною незалежно від його професійної діяльності. Він дарується безоплатно, в той час як всім звичний хабар (на теперішній час неправомірна вигода) дається за вчинення або обіцянку зробити якусь дію посадовою особою на користь того, хто дає неправомірну вигоду або щодо третіх осіб.

Проте слід зазначити, що некоштовність неправомірної вигоди не свідчить однозначно, що складу злочину не буде. І навпаки подарунок вартістю у понад 1000 грн. не означає заборону у його прийнятті службовою особою через кримінальну відповідальність. Для розмежування указаних категорій звернемося до їх визначень. Закон України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року передбачає: *неправомірна вигода* – є 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; *подарунок* – грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової.

Із зазначених понять одразу можемо вказати на принципову різницю, яка існує між ними: тільки неправомірна вигода може бути нематеріального чи негрошового характеру. Крім того, зауваження, що подарунок надають / одержують за ціною, нижчою мінімальної ринкової указує на його вартісну характеристику.

Поняття подарунків є меншим за обсягом і стосується лише таких дій, як їх надання/одержання, а поняття неправомірної вигоди стосується обіцянки, пропозиції, надання і одержання такої вигоди [2].

Крім того, поняття подарунка для антикорупційного законодавства набуло іншого законодавчого визначення, порівняно з визначеннями дарунка і пожертви в Цивільному кодексі України та інших законах України. Це означає, що при конкуренції відповідних норм перевагу мають розглядувані спеціальні приписи антикорупційного законодавства щодо подарунків, які стосуються як його визначення, так і регулювання суспільних відносин щодо них. Ці самі приписи мають вирішальне значення й при кваліфікації корупційних злочинів та адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією [2].

При вирішенні питання про відповідальність винних посадових осіб у корупції, дії (або бездіяльність) яких не обумовлені попередньою домовленістю, слід звертати особливу увагу на мотиви, якими керувався надавач, і на предмет самої неправомірної вигоди. Саме мотив підкупити посадовця однозначно свідчить про дії, які підпадають під норми кримінального закону. У свою чергу з боку посадової особи корисливий мотив збагатитися прямо указує на корупційний характер дій. Нажаль на сьогоднішній день КК України не містить окремої вказівки у статтях корупційних злочинів про обов'язкову наявність у діях винного саме корисливого мотиву. Про таку необхідність вже неодноразово зазначали інші науковці [3].

Ведучи мову про мотиви отримання подарунків, маємо спиратися на положення раніше зазначеного Закону України «Про запобігання корупції», у якому указано про обмеження щодо їх одержання (ст. 23): особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, забороняється безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку із здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Тобто за умови порушення даного обмеження не залежно

від вартості подарованого, це може бути розцінено як неправомірна вигода і у подальшому кваліфіковано відповідним чином (окрім малозначних діянь).

Також даним законом у статті 24 «Запобігання одержанню неправомірної вигоди або подарунка та поводження з ними» визначено алгоритм дій, який дозволяє визначити, що посадовець не має наміру незаконно збагатитися. Так, особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняні до них особи у разі надходження пропозиції щодо неправомірної вигоди або подарунка, незважаючи на приватні інтереси, зобов'язані невідкладно вжити таких заходів: 1) відмовитися від пропозиції; 2) за можливості ідентифікувати особу, яка зробила пропозицію; 3) залучити свідків, якщо це можливо, у тому числі з числа співробітників; 4) письмово повідомити про пропозицію безпосереднього керівника (за наявності) або керівника відповідного органу, підприємства, установи, організації, спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції.

При наданні подарунка спеціальному суб'єкту ці ознаки корупції відсутні за визначенням. Відсутність ознак корупції означає, що той, хто надає подарунок, діє не з метою схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Відсутність такої мети й незаконного інтересу вказує на відсутність суспільної небезпечності в діях обох сторін і підстави для кримінальної відповідальності відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України [2].

Виходячи із вищевикладеного, можемо визначити, що критерієм розмежування неправомірної вигоди і подарунка посадовій особі, у першу чергу є мотиви, якими керуються надавач і одержувач.

Будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру – це, наприклад, отримання службовою особою будь-яких відомостей на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді; нагородження її почесними званнями, що не мають державного значення; задоволення сексуальних потреб службової особи; лобіювання її інтересів у відповідних інстанціях тощо.

Дарунки і пожертви можуть бути отримані службовою особою при дотриманні кількох обмежень:

- їх отримання відповідає загальновизнаним уявленням про гостинність (наприклад, одержання невеликих подарунків під час візитів представників іноземних держав, міжнародних організацій та ін.);
- їх отримання не порушуватиме зазначених заборон (тобто, отримання дарунків не пов'язане з ухваленням рішень на користь дарувальників, а також дарунок не здійснюється підлеглою посадовою особою);

- їх вартість не 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.

Наявність таких винятків у законодавстві пояснюється тим, що обмеження для осіб під час проходження служби в державних органах та органах місцевого самоврядування повинні бути пропорційними. Факт перебування на службі не повинен ставати причиною для перешкод в отриманні подарунків від своїх родичів (наприклад, під час привітання з днем народження, одруження, народження дитини тощо) або участі в розіграші призів і т.д.

Закон «Про запобігання корупції» не дає однозначної відповіді на питання, якщо посадовцю буде надано подарунок у межах проявів гостинності, але його вартість перевищуватиме передбачені обмеження (50 % прожиткового мінімуму).

У такому випадку необхідно визнати цей дарунок як подарунок територіальній громаді, комунальній установі чи організації (комунальною власністю) передати органу, установі чи організації у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Передання у комунальну власність подібного дарунка одночасно буде винятком із заборони органам місцевого самоврядування одержання від фізичних, юридичних осіб безоплатно послуг чи майна.

Порушення заборон і обмежень щодо подарунків і пожертв тягне за собою відповідальність, передбачену статтею 172–5 КУАП. Необхідно визначити можливі складності при кваліфікації адміністративного проступку і злочинів у вигляді одержання неправомірної вигоди (стаття 368 ККУ) та незаконного збагачення (стаття 368–2 ККУ). Відповідно до Закону порушення законодавчих обмежень щодо одержання подарунків визнається не корупційним, а лише пов'язаним з корупцією правопорушенням. У ст. 1 того самого Закону правопорушення, пов'язане з корупцією, визначено як діяння, що не містить ознак корупції, але порушує встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження. Отже, належність порушення обмежень щодо подарунків до правопорушень, пов'язаних з корупцією, означає відсутність у ньому ознак корупції, що унеможливорює віднесення такого порушення до тих, які охоплюються статтями 354, 368, 368–2, 368–3, 368–4, 369, 369–2 КК, оскільки в цих статтях КК відповідно до примітки до ст. 45 КК передбачені корупційні злочини, в яких завжди є ознаки корупції.

На сьогоднішній день виникають питання щодо переліку осіб, яких закон України «Про запобігання корупції» відніс до близьких, а саме: чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок,

падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, зять, невістка, тесть, теща, свекор, свекруха, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням згаданого суб'єкта, і від яких дозволяється отримання подарунків без обмеження їх вартості. Не складно помітити, що цей перелік відрізняється від звичного переліку близьких родичів передбаченого спадковим правом, в основу якого покладено ступінь споріднення. Звичайно, що антикорупційне законодавство це не спадковий кодекс, але як визначити ситуацію, коли рідний дядько / тітка дарують своєму племіннику, який працює службовою особою частину квартири? У переліку близьких осіб рідний дядько / тітка не вказані, тобто не належать до таких і не можуть дарувати подарунки племіннику–службовцю. Враховуючи вищевикладені обставини розмежування подарунка від неправомірної вигоди, можемо відзначити, що кримінальна відповідальність у даному випадку не може наставити апріорі. Втім, у разі прийняття подарунку службовця слід притягати до адміністративної відповідальності за ст. 172–5 КУАП? Із такою позицією законодавства важко погодитися, адже очевидним є невинуватене утискання загальнолюдських прав службовців, і закладання у антикорупційного законодавства фундаментальних ідей із вадами.

Висновки: Отже, відмежування подарунка від неправомірної вигоди як предмета корупційних злочинів слід здійснювати спираючись на: 1) принципову відмінність між корупційними правопорушеннями, котрі містять ознаки корупції (до яких належить неправомірна вигода) та правопорушеннями пов'язаними з корупцією (порушення обмежень у прийнятті подарунків службовими особами); 2) тільки неправомірна вигода може бути нематеріального чи негрошового характеру, на відміну від неї подарунків, який надають / одержують за ціною, нижчою мінімальної ринкової обов'язково повинен мати вартісну характеристику; 3) мотиви, якими керуються надавач і одержувач, а саме відсутність корисливого мотиву з боку обдарованого службовця.

Підсумовуючи викладене, зауважимо на тому, що виписати абсолютно усі можливі життєві ситуації за усіма вимогами законодавчої техніки у законі України «Про запобігання корупції» справа не з легких. У свою чергу КК України, як першоджерело кримінальної відповідальності вимагає конкретики і системності, без дотримання яких важко повірити у державну волю подолати корупцію в Україні.

Проте розмежування неправомірної вигоди та подарунка службовцю ускладнюється через наявні у нормах закону України «Про запобігання корупції» очевидні прогалини, а саме: відсутність у переліку близьких осіб рідного дядька, рідної тітки, племінника та племінниці; відсутність у формулюванні обмежень одержання подарунків загальноприйнятних

подарунків від друзів, а не тільки як прояв гостинності. У КК України слід закріпити обумовленість між сторонами надання–одержання неправомірної угоди, обов'язковість у диспозиціях корупційних злочинів корисливого мотиву для одержувача неправомірної вигоди.

Список використаних джерел:

1. Банчук О. Запобігання і протидія корупції в органах місцевого самоврядування. Практичний посібник / О. Банчук; Швейцарсько–український проект «Підтримка децентралізації в Україні – DESPRO». – К. : ТОВ «Софія-А». – 2012. – 88 с.

2. Киричко В. М. Проблема розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за порушення заборон одержання неправомірної вигоди й подарунків, шляхи її вирішення. [Електронний ресурс] / В. М. Киричко // Проблеми законності. – 2017. Вип. 138. – Режим доступу: <http://plaw.nlu.edu.ua/article/viewFile/105435/106111>.

3. Мезенцева І. Визначення предмета корупційних злочинів [Електронний ресурс] / І. Мезенцева // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 5. – С. 76–81. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnapu_2014_5_13.