

## ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ ЕЛЕМЕНТІВ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ДЕЛІКТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*Михайленко Д.Г.*

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук*

Кримінальний закон не вказує на мінімальний розмір хабара, наявності якого достатньо для кваліфікації діяння як одержання чи давання хабара, тому отримання-давання як хабара предмета будь-якої цінності вже утворює склади, передбачені ст.368 КК і ст.369 КК. В юридичній літературі неодноразово пропонувалося встановити більш м'яку кримінальну відповідальність за дрібне хабарництво, при цьому доцільність введення цієї норми пояснюється сприянням більш глибокій диференціації відповідальності за хабарництво. У зв'язку із цим, окремою серйозною проблемою взаємодії кримінального та адміністративного законодавства в сфері протидії корупції є розмежування дії ст. 172-2 КУпАП та суміжних статей КК України, якими є ст. 368 КК та ст. 368-2 КК.

Так, згідно з ст. 172-2 КУпАП корупційним адміністративним правопорушенням є порушення обмежень щодо використання службового становища з одержанням за це неправомірної вигоди. Аналіз ст. 6 Закону України «Про засади запобігання і протидію корупції» (далі – Закон) показує, що об'єктивна сторона зазначеного адміністративного правопорушення може повністю співпадати з об'єктивною стороною одержання хабара. Відмінність лише у тому, що за ст. 172-2 КУпАП відповідальність настає при вчиненні дій по службі з одержанням неправомірної вигоди до 100 НМДГ, а за ст. 368 КК – при одержанні неправомірної вигоди (хабара) у будь-якому розмірі незалежно від подальшого вчинення будь-яких службових дій.

За такої ситуації можна дійти висновку, що у випадку одержання незаконної винагороди у розмірі до 100 НМДГ (57 350 грн. у 2013 році) за використання своїх службових повноважень, така діяльність становитиме адміністративне правопорушення (ст. 172-2 КУпАП), а якщо розмір незаконної винагороди буде

вищим, то тільки у цьому випадку відповідальність може наставати за ст. 368 КК. Чи означає це те, що з 01.07.2011 року встановлено мінімальний розмір хабара для визнання дій особи злочином?! Звичайно ж такі міркування не можуть бути правильними та не відповідають законодавству хоча б тому, що одержання незаконної винагороди у будь-якому розмірі згідно із ст. 368 КК вже містить склад одержання хабара і в силу припису ч. 2 ст. 9 КУпАП не може розцінюватися як адміністративне правопорушення.

Між тим, суди інколи вбачають, що ст. 368 КК та ст. 172-2 КУпАП конкурують і віддають перевагу при її вирішенні останній. Так, в ухвалі апеляційного суду Кіровоградської області по справі № 10-378/11 від 11.10.2011 року зазначено, що зазначені статті за своїми диспозиціями передбачають відповідальність різного виду за аналогічні діяння, а фактична відмінність наведених норм полягає у визначеному законодавцем розмірі незаконної винагороди. Як видається, таке міркування ґрунтується на невірному визначенні співвідношення таких злочинів як хабарництво (ст.ст. 368, 369 КК), комерційний підкуп (ст.368-3 КК), підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК) з однієї сторони, та незаконного збагачення (ст. 368-2 КК), з іншої, а також на невірному визначенні призначення ст.ст. 172-2, 172-3 КУпАП та їх співвідношення із означеними вище статтями КК і зумовлюється невдалим формулюванням складів названих адміністративних правопорушень.

Визнаним є те, що шкода охоронюваному об'єкту наноситься незалежно від розміру хабара. Відповідальність за хабарництво настає за сам факт давання-одержання хабара незалежно від розміру винагороди, яка передається. Хабарництво в окремих ситуаціях може мати серйозний характер, навіть якщо при цьому йдеться про невелику вартість предмета хабара. Невеликий розмір переданого хабара безпосередньо не знижує рівня суспільної небезпеки хабарництва, а лише може свідчити, що куплена поведінка службовця не є особливо значимою. Невеликий розмір переданого хабара доцільно враховувати як обставину, що пом'якшує покарання, а в окремих ситуаціях вирішувати питання про застосування ч. 2 ст. 11 КК про малозначність діяння, а не вводити адміністративну відповідальності за дрібне хабарництво. При цьому необхідно

пам'ятати, що при визнанні посягань, передбачених ст.ст. 368 та 369 КК, малозначними, необхідно брати до уваги не стільки розмір хабара, стільки рівень значимості діяльності службової особи, за яку дається останній, а також враховувати обґрунтовану тезу Б.В. Волженкіна, що незалежно від розміру хабара діяння повинно розцінюватися як одержання хабара у випадках: 1) якщо мало місце вимагання цієї винагороди; 2) якщо винагорода передавалася за незаконні дії (бездіяльність); 3) якщо винагорода мала характер підкупу.

Разом із тим, очевидно, що за 100 НМДГ чи навіть меншу суму службовця можна зорієнтувати на вчинення досить значимої поведінки, що зумовить суспільну небезпечність такого діяння. Крім того, встановлення мінімального розміру кримінально карного хабарництва буде сприяти безкарності хабарництва у «кримінальних» розмірах, оскільки практично неможливо буде довести наявність у діях особи ознак продовжуваного давання чи одержання хабара, які здійснюються тотожними діями у «некримінальних» розмірах.

У зв'язку із викладеним, КК не повинен і не передбачає виключення кримінальної відповідальності за хабарництво у невеликих розмірах. Системне тлумачення ст. 368-2 КК та ст.172-2 КУпАП, зокрема розміру предметів цих правопорушень (у ст. 368-2 КК мінімально караний розмір неправомірної вигоди більший ніж 100 НМДГ, а у ст. 172-2 КУпАП її максимальний розмір не перевищує 100 НМДГ) дозволяє прийти до висновку, що ст. 172-2 КУпАП встановлює адміністративну відповідальність за незаконне збагачення до 100 НМДГ, а ст. 368-2 КК закріплює вже кримінальну відповідальність за таке ж незаконне збагачення проте у розмірі вище 100 НМДГ. При цьому ст.ст. 172-2 та 172-3 КУпАП, як і ст. 368-2 КК, можуть бути застосовані лише у випадках, коли дії особи не містять ознак хабарництва. Відсутність же кримінальної відповідальності за аналогічні як і у ст.172-3 КУпАП діяння проте при розмірі неправомірної вигоди більшому ніж 100 НМДГ є прогалиною, яку необхідно невідкладно усунути шляхом корекції КК України.

На сьогодні в Україні діє єдиний механізм правового впливу на корупцію, який об'єктивується через відповідні елементи, а саме через положення Конституції України, Закону, КК України та КУпАП. При цьому, кожен елемент

виконує окрему, незамінну функцію. А оскільки наведені нормативні акти є елементами одного механізму, то вони повинні бути побудовані за однією концептуальною моделлю, містити споріднені формулювання та чіткі розмежувальні ознаки, за якими з достовірністю можна буде обирати різні, визначені цими актами інструменти впливу на корупцію. Разом із тим, антикорупційні положення зазначених актів є складними за змістом та характеризуються суперечливим співвідношенням, що потребує невідкладного виправлення.