

**ВІДГУК
офіційного опонента на дисертацію
Михайленка Дмитра Григоровича
«Концепція кримінально-правової протидії
корупційним злочинам в Україні»,
подану на здобуття наукового ступеня
доктора юридичних наук
зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія;
кримінально-виконавче право**

Серед фахівців із наукової спеціальності 12.00.08 Д.Г. Михайленко добре відомий своїми численними, змістовними і цікавими публікаціями, пов'язаними з проблематикою кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Дисертаційне дослідження, в тексті якого знайшли повне й адекватне відображення творчі здобутки молодого, але вже знаного науковця, закономірно підсумовує його інтенсивну і плідну роботу, спрямовану на розроблення цілісної концепції кримінально-правової протидії корупції – «вічному» феномену, який загрожує правам людини та утвердженню демократії, підриває довіру до органів влади, ускладнює економічний розвиток, порушує соціальну справедливість, руйнує правові і моральні засади життєдіяльності суспільства. На суд наукової спільноти Дмитро Григорович виніс роботу, яку я б стисло охарактеризував як фахову, креативну і патріотичну.

Актуальність теми дисертаційного дослідження. Протягом останнього десятиріччя проблематика кримінально-правової протидії корупції в Україні перебуває (значною мірою під впливом євроінтеграційних процесів і політичних чинників) у сфері посиленої уваги з боку законодавця, юридичної науки, ЗМІ і суспільства загалом; причому громадський і фаховий інтерес до цієї тематики не згасає, а, швидше навпаки, – посилюється. До слова: а) окремих учасників відповідного дискурсу інакше як кон'юнктурниками назвати складно; б) хоч від

результатів роботи правоохоронних органів із подолання корупції залежить успішне розв'язання багатьох важливих проблем сьогодення, неправильно однією корумпованістю пояснювати геть чи не всі негаразди суспільного та економічного життя сучасної України.

Попри значущість для скорочення масштабів корупційної поведінки в суспільстві правової культури громадян, професійності і наступальної позиції правоохоронних органів та організаційно-управлінських факторів, важливу (хоч і не визначальну) роль у мінімізації корупції відіграє якість відповідних кримінально-правових заборон. Вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність за службові та прирівняні до них злочини (включаючи передусім його антикорупційну складову) періодично оновлюється (розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), як відомо, є одним із найбільш «багатостраждальних», створюючи в цьому сенсі гідну конкуренцію розділу VII, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності). У результаті відповідні кримінально-правові норми, стаючи все більш репресивними і водночас заплутаними й складними для сприйняття навіть «вузьких» фахівців, створюють ґрунт для неоднозначного тлумачення та, як наслідок, суперечливого правозастосування. Цю тезу можна ілюструвати багатьма прикладами (на жаль), обмежусь декількома.

Так, у доктрині і судовій практиці існує щонайменше три позиції з питання кваліфікації одержання неправомірної викладачами, лікарями та іншими подібними професіоналами, а щодо того, яка особа має нести кримінальну відповідальність за «пасивне» зловживання впливом, в юридичній літературі висловлено сім (!) точок зору. Із відступом від принципу правової визначеності сформульовано й чинну редакцію ст. 368-2 КК «Незаконне збагаченню», щодо істинного змісту, призначення і перспектив якої (без перебільшення – справжнього каменю спотикання) фахівцями висловлюються діаметрально протилежні судження. Свідченням контраверсійності цієї кримінально-правової матерії стала поява в грудні 2017 р. такого документа, як Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 368-2 КК.

Тут вважаю за доречне пригадати висловлювання дореволюційного цивіліста Й.О. Покровського про те, що право на визначеність правових норм – одне з найбільш невід’ємних прав людської особистості; без такої визначеності взагалі не може бути і мови про будь-яке право.

Потребують наукового осмислення й чимало інших питань, пов’язаних із законодавчим забезпеченням кримінально-правової протидії корупції, зокрема таких, як: вдалість і результативність втіленого в КК варіанту диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній управлінських сферах; межі та умови сприйняття міжнародно-правових стандартів боротьби з корупцією; доречність обмеження застосування низки пільгових кримінально-правових положень щодо осіб, які вчинили корупційні злочини; їхній перелік; оптимальність існуючого розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства; кримінально-правові аспекти перевірок публічних службовців на доброчесність; кваліфікація посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди; прийнятність кримінально-правових заборон щодо податкових деліктів для потреб протидії корупції. У зв’язку із пошуком нових орієнтирів у реформуванні системи кримінальної юстиції в Україні виникає й чимало інших важливих питань, так чи інакше пов’язаних із корупційною злочинністю і боротьбою з нею.

За умов, коли зусилля держави не завжди дають бажаний результат у вигляді мінімізації корупційних проявів і зниження рівня корумпованості суспільства, що, серед іншого, негативно впливає на міжнародний імідж України, саме напрацювання правничої науки можуть і повинні стати надійним фундаментом для якісного і виваженого законотворення в частині визначення підстав кримінально-правового реагування на вчинення корупційних злочинів. При цьому настав час для того, щоб, певною мірою абстрагувавшись від характеристики складів конкретних злочинів, узагальнивши й критично оцінивши присвячені таким характеристикам здобутки попередників, здійснити наскрізний і комплексний аналіз відповідної проблематики під кутом з’ясування

ефективності закріплених у чинному КК України заборон і на підставі цього створити доктринальну модель оптимального механізму кримінально-правової протидії корупції. До того ж конституційне закріплення положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя зобов'язує при розробленні вказаної моделі не обмежуватись її нормативною складовою.

Визначаючи актуальність теми дисертаційного дослідження Д.Г. Михайленка, варто вказати і на те, що вона безпосередньо стосується такої надзвичайно складної і болючої проблеми, як допустимість обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина заради досягнення суспільно корисних цілей.

Достовірність та обґрунтованість переважної більшості наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у дисертації, забезпечується широтою і різноманітністю опрацьованої джерельної бази, веденням коректної полеміки, використанням методів пізнання, вдало підібраних з урахуванням предмета дисертаційного дослідження (с. 11–12), продуманою логікою викладення матеріалу, яка дозволила автору виконати поставлені перед собою завдання (с. 9–10).

При написанні роботи здобувач опрацював великий (всього 701 джерело) масив юридичної літератури, причому не лише з кримінального права, кримінології, кримінального процесуального права та криміналістики, а й загальної теорії права, конституційного, міжнародного, адміністративного, цивільного права.

У своїх міркуваннях дисертант постійно спирається на надбання як кримінально-правової доктрини – вітчизняної (сучасної, радянської і дореволюційної) і зарубіжної, так і філософії, економіки, політології, соціології, психології, державного управління.

Дисертант також сумлінно опрацював: законопроекти і супровідні матеріали до них; рішення Верховного Суду України, Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини; статистичні відомості і дані соціологічних опитувань; міжнародно-правові документи і коментарі до них;

рішення судів першої та апеляційної інстанцій у справах про корупційні злочини, та адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією; матеріали журналістських розслідувань.

Практичне значення одержаних результатів у науково-дослідній, правотворчій, правозастосовній діяльності та навчальному процесі достатньою мірою висвітлене в дисертації (23–24), підтверджується численними актами впровадження (с. 466–483) і жодних сумнівів не викликає.

Передусім практичне значення здобутих результатів полягає у можливості їх використання для вдосконалення кримінального законодавства України: дисертантом розроблено законопроект «Про внесення змін до Кримінального кодексу щодо удосконалення підстав кримінальної відповідальності за корупційні злочини» (с. 484–505), положення якого, втілюючи авторську концепцію кримінально-правової протидії корупційним злочинам, є логічним завершенням проведеного дослідження і, поза всяким сумнівом, заслуговують на те, що стати предметом фахового обговорення. Хоч не всі положення згаданого законопроекту видаються безспірними (про це йтиметься нижче), його сприйняття законодавцем однозначно дозволить поліпшити нормативну основу кримінально-правового реагування на корупційні делікти.

Наукова новизна дисертації Д.Г. Михайленка вбачається в розробленні послідовно обстоюваної авторської концепції багаторубіжної кримінально-правової протидії корупційним злочинам, нормативне втілення якої покликане посилити ефективність застосування відповідних кримінально-правових заборон і зменшити латентність корупційних практик.

Вважаю, що є добре продуманими та аргументованими, у зв'язку з чим заслуговують на підтримку міркування здобувача про:

суспільну небезпеку корупційних злочинів та її залежність від середовища, в якому вони вчиняються;

існування індикаторів корупційних правопорушень;

складові протидії корупції і визнання кримінального права лише одним з елементів антикорупційного механізму;

недостатню ефективність існуючого механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам і важливість фактору політичної волі в антикорупційній діяльності держави;

доцільність спростити законодавче визначення кримінально-правового поняття службової особи як одного зі спеціальних суб'єктів злочинів;

запровадження різних правових режимів протидії корупційним деліктам;

неузгодженість положень КК і КУпАП як чинник, що знижує ефективність антикорупційної діяльності держави;

сумнівність існуючого нормативного критерію диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах при тому, що вказана диференціація є соціально обумовленою;

чинні редакції ст. 354 і ст. 368-3 КК як прояви (частково) невинуватності криміналізації, долати які варто в законодавчому порядку;

можливість застосування норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК) щодо окремих кримінально караних порушень антикорупційного законодавства;

проблематичність віднесення незаконного збагачення, передбаченого чинною редакцією ст. 368-2 КК України, до числа корупційних злочинів і негативний вплив генезису цієї кримінально-правової норми на результативність протидії корупції;

необхідність запровадження законодавчих запобіжників, які б унеможливили (ускладнювали) внесення неконституційних і загалом непродуманих змін до КК;

перспективність використання правових презумпцій для потреб боротьби зі злочинністю, включаючи корупційну;

важливу роль інститутів громадянського суспільства в протидії корупції.

У роботі наводиться й чимало інших співзвучних мені положень та ідей.

Водночас ознайомлення з дисертаційним дослідженням Д.Г. Михайленка дозволяє висловити окремі побажання і критичні судження.

1. Складно оцінити схвально те, що в науковій кваліфікаційній роботі під назвою «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» поняття корупційних злочинів фактично залишилось не розробленим, зокрема в аспекті з'ясування його співвідношення з дефініціями понять корупції і корупційного правопорушення, наведеними в Законі України від 14 квітня 2014 р. «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією. Дисертант обмежується вельми стислим визначенням корупційного злочину (с. 80) і констатацією того, що закріплення вичерпного переліку корупційних злочинів у примітці ст. 45 КК «має як перевагу (усуває можливі зловживання під час кваліфікації конкретного злочину як корупційного), так і недоліки (не охоплює всіх злочинів, які можуть бути корупційними (наприклад, ч. 4 ст. 160, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 201, ст. ст. 358, 365, 366, 369-3, ч. 3 ст. 371, ч. 2 ст. 375 КК), передбачає злочини, які можуть бути й не корупційними (наприклад, ст. ст. 210, 320 КК))» (с. 80).

З приводу наведеного висловлювання хотів би зауважити, що: а) знаходження тієї чи іншої статті КК у відповідному переліку жодним чином не впливає на кваліфікацію передбаченого нею злочину; б) якщо існуючий перелік корупційних злочинів має вади (а це справді так), то не зовсім зрозуміло, чому здобувач не вважає за потрібне його вдосконалити і за винятком незначних змін (виключення вказівки на ст. 354 КК і доповнення вказівкою на нову ст. 369-4 КК) пропонує залишити згаданий перелік незмінним (с. 484, 497). Поза увагою дисертанта залишилась і та обставина, що представниками кримінально-правової доктрини (О.О. Дудоров, В.М. Киричко, В.М. Куц, В.М. Мисливий, А.В. Савченко, Н.М. Ярмиш та ін.) напрацьовані різні варіанти розв'язання проблеми недосконалості законодавчого переліку корупційних злочинів саме в аспекті його узгодження з поняттям та ознаками корупційного правопорушення (див. про це, наприклад: *Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці)*. – К.: Ваіте, 2017. – С. 452–456).

У зв'язку з позначеною вище проблемою і, до речі, розумінням здобувачем того, що належність злочину до числа корупційних відповідно до примітки

ст. 45 КК не завжди означає визнання його корупційним правопорушенням у сенсі Закону «Про запобігання корупції» (с. 81), цікаво було б дізнатись позицію дисертанта з питання, як неузгодженості між визначенням поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів варто долати не лише *de lege ferenda*, а й *de lege lata*. Так, висловлю для обговорення думку про те, що, з огляду на пріоритетність при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), який, серед іншого, передбачає протиставлення судової правотворчості принципу законності в тих виключних випадках, коли закон сам по собі чи при його застосуванні в конкретній ситуації породжує явну несправедливість, не варто виключати застосування ст. 45 КК (як і інших статей Загальної частини КК, що містять застереження щодо корупційних злочинів) стосовно осіб, які вчинили вказані в примітці ст. 45 КК злочини, – якщо ці злочини не містять обов’язкових ознак корупційного правопорушення та корупції (наприклад, згадані Д.Г. Михайленком статті 210 і 320 КК), у зв’язку з чим особи, які вчинили такі діяння, всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 КК фактично не є корупціонерами.

2. Оскільки мова вже зайшла про специфічні негативні кримінально-правові наслідки вчинення корупційних злочинів, нормативні положення про які (наслідки) дисертант характеризує як «спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції» (с. 16, 79 та ін.), відзначу, що мені, як й І.І. Чугунікову (с. 81–82), навіть незважаючи на очевидну благородну мету, складно назвати такий законодавчий підхід прогресивним і правильним, як це робить здобувач (с. 83). Подібне посилення кримінально-правової репресії вважаю доречним і справедливим, проте лише стосовно так званих гранд-корупціонерів і за умови якісного втілення цієї ідеї в законодавчу матерію. Поява ж у низці статей Загальної частини КК на підставі Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» застереження щодо корупційних злочинів ігнорує поділ кримінального права на Загальну та Особливу частини (а він вважається досягненням законодавчої техніки), «розмиває» Загальну частину КК, яка становить собою сукупність законодавчо визначених понять та

інститутів, необхідних для всіх або переважної більшості положень Особливої частини КК, ламає усталений підхід до класифікації, зокрема, звільнення від кримінальної відповідальності на загальні і спеціальні види, є типовим прикладом фрагментарних, казуїстичних і загалом несистемних змін КК, зумовлених швидкоплинними і кон'юнктурними міркуваннями. Ці законодавчі зміни навряд чи можуть бути оцінені інакше як прояв недовіри держави в особі парламенту до суддівського корпусу, не спроможного (?) кваліфіковано і виважено застосовувати норми Загальної частини КК лише чомусь щодо порушників антикорупційного законодавства. Стверджувати, що запровадження спеціального кримінально-правового режиму протидії корупції «ґрунтується на кримінологічних особливостях української корупції» (с. 81), означає ігнорувати реалії вітчизняної кримінальної законотворчості. Висловлювання дисертанта про те, що «особа, яка вчинила корупційний злочин, як правило, має значні майнові ресурси для подальшого корумпування суддів, що призводить до дисфункції механізму кримінально-правового впливу» (с. 83), видається припущенням автора, яке ігнорує різноманітність проявів кримінально караної корупції і виходить ще з одного припущення (для мене, до речі, неприйняттого) – про тотальну корумпованість вітчизняного суддівського корпусу.

Особисто в мене виникають і серйозні сумніви в конституційності тих положень Загальної частини КК, які містять застереження щодо корупційних злочинів. У зв'язку з цим пригадується рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року у справі про призначення судом більш м'якого покарання, в якому неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості її застосування до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, обґрунтовувалась, зокрема, невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права – справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. Видається, що така аргументація цілком може бути екстрапольована на положення Загальної частини КК, які уособлюють спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції.

До слова на с. 42–43 дисертації можна прочитати про те, що посилення репресивності КК щодо корупційних злочинів у вигляді запровадження заборон та обмежень на застосування до осіб, які вчинили такі злочини, пільгових положень Загальної частини КК за наявності мізерних зарплат чиновників виглядає як «створення ще більш жорстокого інструмента управління владними структурами» (с. 44). Виходить, що й сам дисертант не впевнений у «правильності» і «прогресивності» розглядуваних законодавчих змін.

З метою вдосконалення диференціації правового регулювання протидії корупції в публічному і приватному секторах управління дисертант пропонує викласти п. 1 примітки ст. 364 КК (норма, яка закріплює визначення поняття «публічної» службової особи) в такій редакції: «Службовими особами в статтях 364, 368, 368-2, 369 цього Кодексу є особи, які на правовій підставі здійснюють функції представників влади чи в органах державної влади або органах місцевого самоврядування організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції» (с. 22, 133, 484, 499). В обґрунтування своєї пропозиції Д.Г. Михайленко пише, що «службові особи підприємств, які: 1) знаходяться в державній чи муніципальній власності; 2) створені державою або органами муніципальної влади; 3) метою яких є здійснення лише підприємницької діяльності, у контексті застосування Закону України «Про запобігання корупції», КУпАП і КК України, не можуть визнаватися такими, що належать до публічного сектору управління» (с. 22, 133).

Як і дисертант, вважаю не зовсім вдалим критерій, використаний законодавцем для реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах, бо, виявляється, навіть у цивілістці закріплений у ЦК України поділ юридичних осіб на види (публічного права і приватного права) не має належної аргументації. Виокремлення на рівні суб'єктів господарювання сфер публічного і приватного управління позбавлене однозначності, у зв'язку з чим я свого часу висловлювався, наприклад, за те, що у вдосконаленому визначенні кримінально-правового поняття «публічної» службової особи замість будь-яких державних підприємств (відповідно до ГК

України державні комерційні підприємства є суб'єктами підприємництва) фігурували лише казенні підприємства. Таким чином, проблема, на розв'язання якої спрямовує свої зусилля дисертант, існує.

Водночас приверну увагу до того, що обґрунтування, наведене здобувачем на користь своєї пропозиції щодо більш чіткого розмежування в КК публічного і приватного секторів, стосується лише підприємств (причому, наскільки я зрозумів, тільки суб'єктів підприємницької діяльності). При цьому сам дисертант не сумнівається в тому, що посягання з боку публічних службовців призводять до послаблення не лише державної влади чи влади місцевого самоврядування, а й встановленого законодавством порядку здійснення публічних функцій в юридичних особах публічного права (с. 364). Якщо це так, то чому не повинні визнаватись «публічними» службовими особами ті, хто виконує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції в юридичних особах публічного права, відмінних від органів державної влади і місцевого самоврядування, з одного боку, і від державних і комунальних підприємств – суб'єктів підприємництва, з іншого? Принаймні аргументів на користь того, що на таких службових осіб повинен розповсюджуватись кримінально-правовий режим протидії корупції в приватному секторі управління, мені в дисертації відшукати не вдалося.

Висловлю також думку про те, що викладення п. 1 примітки ст. 364 КК в редакції, запропонованій здобувачем, у поєднанні з реалізацією інших законодавчих новел, ініційованих автором, призведе до навряд чи виправданих прогалин у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції. Адже, наприклад, одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи, яка не є органом державної влади або місцевого самоврядування (якщо ця службова особа не є представником влади) за вчинення правомірного діяння по службі та (або) не в ході економічної діяльності (фінансова і комерційна діяльність, вочевидь, є різновидами економічної діяльності) не зможе бути кваліфіковане ні за ст. 368 КК (через відсутність суб'єкта), ні за ст. 368-3 КК (через відсутність об'єктивної сторони).

На с. 132 дисертації робиться висновок про те, що «юридичні особи, які не наділені публічними функціями, у контексті застосування антикорупційного законодавства України є юридичними особами не публічного права, а приватного права». Здобувачем, однак, не розкривається, які функції мають вважатись публічними в контексті застосування антикорупційного законодавства. Інакше кажучи, тут (за винятком визнання публічними функцій органів державної влади і місцевого самоврядування і, навпаки, невизнання публічними функцій, здійснюваних державними і комунальними підприємствами – суб'єктами підприємницької діяльності) спостерігається невизначеність, подібна до тієї, що має місце стосовно використаного в КК поняття «публічні послуги». Крім цього, викладена доктринальна позиція, яка докладно обґрунтована в тексті роботи, не знаходить належного відображення в законодавчих змінах, ініційованих дисертантом. Бо викладення в новій редакції п. 1 примітки ст. 364 КК, з якої впливає належність до суб'єктів публічних функцій органів державної влади і місцевого самоврядування, як видається, лише частково розв'язує проблему. Як наслідок, є цілком очевидною відповідь на питання, чим керуватиметься правозастосувач, визначаючи кримінально-правовий статус тієї чи іншої службової особи, – виваженою доктринальною позицією чи невдалим, але закріпленим у статтях 81, 87 ЦК України критерієм поділу юридичних осіб на види. Звичайно, ЦК.

4. У дисертації наводиться розгорнутий і змістовний огляд антикорупційних міжнародно-правових документів (с. 117–130), спираючись у тому числі на положення яких, здобувач висуває конструктивні пропозиції щодо вдосконалення диференціації правового регулювання протидії корупції в публічній і приватній сферах. Видається, однак, що тема дисертації зобов'язувала її автора висвітлити питання, пов'язані з імплементацією вказаних документів, не так вибірково (фрагментарно), як це зроблено в рецензованій праці.

Так, за чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому сенсі не відрізняється від її попередніх редакцій, є однаковою правова оцінка «неправомірної

вигоди-підкупу» і «неправомірної вигоди-подяки». Однак такий традиційний підхід законодавця, послідовно підтримуваний судовою практикою, не повною мірою узгоджується зі статтями 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, де наголошується на необхідності криміналізації лише *підкупу* національних державних посадових осіб; «...одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею карним злочином відповідно до Конвенції не є» (п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією). Пропонована дисертантом зміна назви ст. 368 КК – «Пасивний підкуп службової особи публічного сектору» (с. 326, 485, 501) не може вважатись задовільним вирішенням згаданої проблеми, адже із незмінюваної диспозиції ч. 1 цієї статті КК висновок про обумовленість одержання неправомірної вигоди «публічною» службовою особою не впливатиме (про подібну проблему стосовно підкупу службової особи юридичної особи приватного права я писав у коментарі до ст. 368-3 КК – див.: *Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства* / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2017. – С. 235–236).

Потребують фахового розв'язання і питання, зумовлені тим, що міжнародно-правові рекомендації стосовно запровадження кримінальної відповідальності за зловживання впливом Україна виконала «з запасом». Річ у тім, що чинна редакція ст. 369-2 КК сформульована максимально узагальнено (абстрактно); вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками «фонові» корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб, чітко не відображає, хоч і не відкидає її (докладніше про це див.: *Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці)*. – К.: Ваіте, 2017. – С. 536–554).

Взагалі створюється враження, що дисертант дещо «захопився» завершальним рубежем кримінально-правової протидії корупції, включаючи таку його складову, як кримінально-правова заборона щодо незаконного збагачення, та, як наслідок, занадто абстрагувався від кримінально-правової проблематики, пов'язаної з *основним* (за класифікацією самого здобувача) рубежем такої протидії.

5. Критично оцінюючи чинну редакцію ст. 354 КК як прояв надмірної криміналізації та пропонуючи відмовитись від цієї кримінально-правової заборони *de lege ferenda*, автор неодноразово стверджує, що неуправлінської корупції бути не може (с. 127, 364 та ін.). Водночас коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями у приватному секторі (ст. 364-1) і «пасивний» підкуп у приватному секторі (ст. 368-3 КК), пропонується розширити за рахунок працівників юридичних осіб приватного права, які не є службовими особами, та інших осіб, які працюють на користь таких юридичних осіб. Але хіба зазначені діяння цих «нових старих суб'єктів» немає підстав розцінювати як прояви саме неуправлінської корупції? Питання, мабуть, риторичне. Крім цього, теза здобувача про відсутність неуправлінської корупції спростовується існуванням правових режимів (за термінологією Д.Г. Михайленка) протидії корупції у сфері надання публічних послуг та у сфері спорту.

Не дивлячись на згадану пропозицію здобувача із вдосконалення ст. 364-1 і ст. 368-3 КК, вважати її оптимальним розв'язанням проблеми суб'єктного складу караних за цими статтями КК злочинів – різновидів корупційної поведінки в приватній сфері, я б не став. Так, в юридичній літературі зустрічається пропозиція коло суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця (ФОП) на підставі трудового договору, виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Наразі одержання ними неправомірної вигоди не може кваліфікуватись ні за ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, ні за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК (бо ці особи не є ні службовими особами

юридичних осіб приватного права, ні працівниками підприємств, установ чи організацій та особами, які працюють на користь підприємств, установ чи організацій). ФОПи, однак, є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб, у зв'язку з чим продемонстрований стан речей є вадою КК, яка потребує усунення (див.: *Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства* / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2017. – С. 238). Постає також питання, чи не повинен удосконалений КК передбачати можливість настання відповідальності за зловживання повноваженнями у приватному секторі і «пасивний» підкуп у приватному секторі самих ФОПів та осіб, які, працюючи на підставі укладених з ними трудових договорів, не виконують при цьому організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції.

У зв'язку з ініціативою здобувача виключити з КК ст. 354 хотів би нагадати, що на сьогодні ця норма дозволяє давати кримінально-правову оцінку випадками одержання неправомірної вигоди викладачами, лікарями та іншими подібними професіоналами, які можуть й не бути працівниками юридичних осіб приватного права (останні за певних обставин зможуть нести відповідальність за «пасивний» підкуп у приватному секторі за ст. 368-3 КК, викладеною в редакції, запропонованій дисертантом). При цьому визнання згаданих професіоналів особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, на мою думку, є проблематичним через законодавчу невизначеність поняття «публічні послуги» і доцільність обмежувального тлумачення використаного в ст. 368-4 КК звороту «інша особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг». То чи не призведе загалом зрозуміле і схвальне бажання позбутись ст. 354 КК до прогалини у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції й особливо з урахуванням того, що сфера застосування оновленої ст. 368-3 КК обмежуватиметься економічною діяльністю?

6. Д.Г. Михайленко є послідовним і переконаним прибічником збереження для потреб реальної (ефективної) протидії корупції кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, а наведена в дисертації авторська редакція ст. 368-2 КК (с. 370–372, 485–486) відзначається ретельною продуманістю. Тому наукову позицію здобувача в цій частині доволі складно поколивати навіть тим дослідникам, які є, так би мовити, ідеологічними супротивниками статті КК про відповідальність за незаконне збагачення (до слова я на сьогодні не належу до їх числа, бо вважаю, що згадана кримінально-правова заборона має право на існування як «гіркі ліки» – радикальний захід, спрямований на скорочення масштабів корупційної поведінки). Водночас у порядку ведення дискусії вважаю за доцільне висловитись з приводу окремих міркувань здобувача, які стосуються кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

На думку дисертанта, позбавлений самостійного характеру безпосередній об'єкт незаконного збагачення охоплює безпосередні об'єкти всіх корупційних злочинів, вчинюваних у публічному секторі, норми про відповідальність за які розміщено як у розділі XVII Особливої частини КК, так і за його межами (с. 18, 182, 184 та ін.). Стверджується також, що ст. 368-2 КК не може застосовуватися в разі, якщо до суттєвого збільшення майнових активів особи призвело вчинення злочину, передбаченого нормами КК, які не є елементами багаторубіжного механізму правової протидії корупційним правопорушенням (наприклад, ст. 185 КК) (с.194).

На мій погляд, якщо виходити з чинної редакції ст. 368-2 КК, яка не виключає некорупційний шлях збільшення активів відповідного суб'єкта, то в цьому разі Д.Г. Михайленко видає бажане за дійсне. Адже предикатним стосовно незаконного збагачення може виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Наприклад, це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), віднесене до числа корупційних злочинів (примітка

ст. 45 КК), а і будь-який інший корисливий злочин проти власності, злочин у сфері господарської діяльності (скажімо, зайняття гральним бізнесом, контрабанда) тощо. Більше того: використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. До речі, сам дисертант не виключає застосування ст. 368-2 КК, зокрема, в тому випадку, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надасть докази отримання активів від вчинення злочину, який не є корупційним (с. 207). Отже, предикатні стосовно незаконного збагачення делікти можуть бути і не корупційними.

Під значним перевищенням законних доходів у вдосконаленій ст. 368-2 КК пропонується розуміти таке первищення, розмір (вартість) якого вищий за одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (с. 486). Оскільки вказана ознака є криміноутворювальною, а в п. 5.7 Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції») констатується завищеність подібного вартісного показника, закріпленого в п. 2 примітки чинної редакції ст. 368-2 КК, очікував, що дисертант наведе обґрунтування запропонованої ним величини, а так само оцінить висловлені в літературі думки щодо диференціації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залежно від його розмірів. Оскільки в роботі відповідні пояснення відсутні, залишається сподіватись на те, що вони будуть надані під час захисту.

Дисертант вважає за потрібне в примітці поліпшеної ст. 368-2 КК закріпити такий припис: «Особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо встановлено, що збільшення її активів і/або активів членів її сім'ї, які значно перевищили їхні законні доходи, відбулося в результаті вчинення іншого злочину чи правопорушення» (с. 486). Прагнення не допускати при застосуванні ст. 368-2 КК порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК) заслуговує на

підтримку. Сенс окремого існування досліджуваної заборони полягає, як відомо, в переорієнтації правоохоронних органів з доказування вчинення конкретного корупційного делікту на виявлення і фіксацію факту незаконного збагачення. Відпадає необхідність у складній слідчій діяльності з доказування первинного (предикатного) діяння, що, однак, не означає його відсутність. Незаконне збагачення саме тому й має тягнути кримінальну відповідальність, що необґрунтоване збільшення активів або витрат спеціального суб'єкта є результатом вчинення ним латентного корупційного злочину. Фактично про це саме веде мову й дисертант, зазначаючи, що ст. 368-2 КК підлягає застосуванню тоді, коли до незаконного збагачення призвело вчинення корупційного злочину, який залишився нерозкритим (с. 194). Відтак оцінюваний припис виглядає таким, що не узгоджується з обстоюваною здобувачем і покладеною в основу кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, презумпцією корупційного походження статків «публічної» службової особи.

7. Дисертант неодноразово нарікає на відсутність в Україні політичної волі керівництва держави, необхідної для боротьби з корупцією (особливо інституціоналізованою) (с. 15, 37, 40–42, 60–61, 69, 357, 364 та ін.), і пов'язує посилення ефективності антикорупційної діяльності із залученням до цього процесу інститутів громадянського суспільства, у тому числі у формі приватного кримінального переслідування. Скептично ставлячись до ідеї перетворення громадянського суспільства в нового суб'єкта антикорупційної діяльності з наділенням його специфічним кримінально-правовим інструментарієм, переконаний у тому, що головним суб'єктом протидії (в тому числі кримінально-правової) корупції є і повинна залишатись держава, а цивілізоване громадянське суспільство в Україні ще треба створити. Бо не вважаю інститутами такого суспільства ні, наприклад, численні й зорієнтовані на гранти організації «професійних громадських антикорупціонерів», ні журналістів заангажованих ЗМІ, професійність і неупередженість яких (у тому числі через існуючий неофіційний поділ медіа-простору) постійно викликає запитання. Твердження на кшталт того, що громадянське суспільство – це головна жертва

корупції (с. 343), є, на мій погляд, вищим рівнем абстракції. Обсяг корупційних практик, звичайно, залежить від політичної волі керівництва держави протидіяти корупційній злочинності, але він зумовлюється й багатьма іншими факторами, включаючи низький рівень правосвідомості населення. В жодному разі не ідеалізуючи гілки державної влади в Україні та її носіїв, відзначу, що було б лицемірством не помічати такі прояви політичної волі щодо протидії корупції, як, зокрема, створення НАБ, САП, НАЗК, запуск системи електронного декларування, ухвалення Закону «Про Вищий антикорупційний суд», законодавче запровадження різних правових режимів протидії корупції (у тому числі невинуватено жорсткого спеціального), знищення найбільшого корупційного хабу в межах НАК «Нафтогаз України», вдосконалення адміністрування ПДВ та очищення від корупції системи державних закупівель. Чи політична воля в цьому разі має полягати в тому, що, наприклад, Президент України повинен давати вказівки працівникам правозастосовним органам сумлінно виконувати свої службові обов'язки?

Зроблені зауваження і побажання стосуються дискусійних питань, не впливають на *високий науковий рівень дисертації*, не піддають сумніву основні наукові результати, отримані здобувачем, і лише підтверджують складність і злободенність досліджуваної Д.Г. Михайленком проблематики.

Положення, висновки і рекомендації, сформульовані у дисертації, повно викладено в наукових працях, з яких: 5 – це монографії (з них 1 є одноособовою); 1 – навчально-методичний посібник; 21 – статті, опубліковані в наукових виданнях України, визнаних фаховими з юридичних наук; 6 – статті, опубліковані в наукових періодичних виданнях іноземних держав; 24 – тези доповідей і повідомлень на наукових заходах.

Автореферат дисертації відображає зміст основних положень дисертації.

Отже, за актуальністю, ступенем новизни, обґрунтованістю і достовірністю, науковою і практичною значущістю отриманих результатів, повнотою їх викладення в опублікованих дисертантом наукових працях, а також за оформленням дисертація відповідає вимогам, які встановлені в пунктах 9, 10

Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 567 із змінами, та які висуваються до докторських дисертацій.

З огляду на викладене вище, вважаю, що дисертація Д.Г. Михайленка «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» є завершеною кваліфікаційною працею, що містить нові науково обгрунтовані результати, які розв'язують важливу науково-прикладну проблему, а саме розроблено концепцію багаторубіжної кримінально-правової протидії корупційним злочинам, на підставі чого внесено конструктивні пропозиції щодо вдосконалення КК України і практики його застосування.

Автор дисертації – Михайленко Дмитро Григорович – на основі публічного захисту заслуговує на присудження наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право.

Офіційний опонент:

**провідний науковий співробітник
науково-дослідної лабораторії
з проблем попередження, припинення
та розслідування злочинів територіальними
органами Національної поліції України
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України**

О.О. Дудоров

Підпис О.О. Дудорова засвідчує
Проректор



B.P. Kim