

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

УДК 343.352 (477)

КОМАР ВІКТОРІЯ ВОЛОДИМИРІВНА
ДИСЕРТАЦІЯ
ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ПІДКУПУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ
ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Спеціальність: 12.00.08 – кримінальне право
та кримінологія; кримінально-виконавче право

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук
Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело
_____ (Комар В.В.)

Науковий керівник:
кандидат юридичних наук, доцент
Чугуніков Ігор Іванович

Одеса – 2020

АНОТАЦІЯ

Комар В.В. Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право. – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2020.

Дисертація є першим у вітчизняній науці кримінального права спеціальним комплексним дослідженням підкупу як кримінально-правового поняття.

Зазначається, що доволі інтенсивна законотворча діяльність національного законодавця, яка спостерігається останнім часом і обумовлюється ратифікацією Україною низки міжнародних конвенцій, спрямованих, насамперед, на боротьбу з корупцією? призвела до кардинального розширення такого традиційного для вітчизняної кримінально-правової доктрини поняття, як підкуп.

Він почав розглядатися не тільки як однобічне кримінально-каране діяння, а й як самостійне кримінальне правопорушення, виконавцями якого є як суб'єкт, так і адресат підкупу. Поряд з цим виокремився корупційний підкуп, специфічними особливостями якого є предмет, засоби та кримінально-правові наслідки вчинення. При цьому законодавець не тільки не відмовився від традиційного порозуміння підкупу як способу вчинення злочину, а й суттєво розширив сферу його застосування, як за рахунок криміналізації нових діянь, так і за рахунок модернізації ознак вже існуючих норм, що теж відбулося під впливом відповідної міжнародно-правової бази. У підсумку виникла доволі складна ситуація. З одного боку, терміни, які вживаються у тексті закону про кримінальну відповідальність, повинні мати однаковий зміст, тим більше тоді, коли таке поняття набуває легального характеру, а з іншого – законодавець встановлює низку ознак, які притаманні виключно корупційному підкупу, що позбавляє можливості розглядати його як універсальне поняття.

Виходом з цієї ситуації є чітка диференціація різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу. А це, у свою чергу, актуалізує проблему пошуку обґрунтованих критеріїв такої класифікації.

Звертається увага на те, що після реформування розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України) законодавець не тільки розширює коло суб'єктів передбачених тут злочинів, а й виокремлює зловживання певними повноваженнями у самостійні статті КК України, диференціюючи, таким чином, кримінальну відповідальність за різні види корупційного підкупу. Це дає змогу класифікувати корупційний підкуп не тільки за ознаками суб'єкта, а й за характером здійснюваних ним повноважень, що повинно мати визначальний характер для правозастосувача. Наголошується на тому, що у сучасних дисертаційних дослідженнях зазначені обставини залишаються поза увагою авторів, які виокремлюють той чи інший вид корупційного підкупу виключно за ознаками суб'єкта і не враховують того, що один й той самий злочин може бути вчинений різними суб'єктами.

Робиться висновок про те, що подолання такого підходу є можливим лише за умови комплексного аналізу підкупу як кримінально-правового поняття.

У дисертації розглянуто генезис становлення уявлень щодо підкупу у вітчизняній та зарубіжній кримінально-правовій доктрині. Встановлено, що він традиційно позиціонувався як один із засобів впливу на свідомість особи з метою викликати в неї за власною волею бажання і рішучість вчинити злочин та розглядався у межах вчення про форми складної злочинності, зокрема підбурювання.

Кримінальне законодавство України не містило вказівки на ті чи інші способи, які може використовувати підбурювач, схиляючи іншу особу до вчинення злочину, а в науці пропозиції створити такий перелік подекуди взагалі вважалися необґрунтованими. Зарубіжне законодавство у зазначеному питанні теж є доволі неоднозначним: в одних випадках КК містять приблизний перелік способів підбурювання, в інших – ні.

Вітчизняне кримінальне законодавство традиційно не передбачало відповідальності за прийняття винагороди адресатом підкупу при підбурюванні, на відміну від зарубіжного законодавства, де така відповідальність могла встановлюватися. Проте, спільною для вітчизняної та зарубіжної доктрини була підтримка тези про те, що співучасть є можливою тільки до закінчення злочину. Тому надання винагороди виконавцю злочину після його закінчення не могло розглядатися як підкуп.

На законодавчому рівні термін «підкуп» з'явився у КК УРСР 1960 р. (ст. 180), де він позиціонувався не тільки як окремий вид підбурювання до відмови від давання або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку, а й як спосіб перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи інших органів. Як спосіб перешкоджання особі у здійсненні її прав та виконанні обов'язків підкуп, згодом, почав фігурувати і в інших статтях КК УРСР 1960 р. (ст. 127, ст. 129¹).

Зазначено, що вітчизняна судова практика тих років, використовуючи поняття підкупу, не обмежувалася згадкою про нього безпосередньо у тексті закону, розглядаючи його як можливий спосіб вчинення інших злочинів, зокрема втягнення.

КК України 2001 р. не вносив принципових змін у законодавчі уявлення щодо підкупу як кримінально-правового поняття. Проте цей Кодекс закріпив його як окремий спосіб підбурювання до вчинення злочину. В якості самостійного злочину підкуп вітчизняним законодавцем, як і до того, не розглядався, хоча в теорії хабар-підкуп традиційно виокремлювався.

У чинному КК України підкуп зберігає свою кримінально-правову природу як спосіб вчинення злочину, але при цьому вже позиціонується і як окреме кримінальне правопорушення, виконавцями якого визнаються як суб'єкт, так і адресат підкупу.

В роботі доведено, що підкуп та корупція повинні розглядатися як автономні категорії. З одного боку, підкуп є лише одним із проявів корупції, тому що у кримінально-правовій площині поряд з ним корупційними визнаються й інші злочини, які взагалі не містять навіть такої мети, як одержання неправомірної вигоди, зокрема ст. 210, 320 та 366¹. Але, з іншого боку, КК України передбачає

відповідальність за підкуп, який або з позиції примітки до ст. 45, або у зв'язку з відсутністю суб'єкта, зазначеного у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», не є корупційним злочином. Тобто, підкуп може позиціонуватися і як більш широке, ніж корупція, поняття.

Такий підхід дає змогу класифікувати передбачений КК України підкуп залежно від наявності чи відсутності ознак корупції (у чинному КК України це питання вирішено шляхом створення переліку корупційних злочинів) та поділити його на загальнокримінальний і корупційний. Враховуючи різні правові наслідки вчинення цих видів підкупу, а саме додаткові правообмеження для особи, яка вчинила корупційний підкуп, вони не можуть розглядатися як суміжні склади злочинів.

Запропоновано поділ підкупу на підкуп-підбурювання, підкуп-перешкоджання (втручання) та підкуп-правопорушення. Зазначено, що ці різновиди мають свої специфічні ознаки, які не є взаємозамінними.

Підкреслюється, що чинний КК України не передбачає нормативних підстав щодо кваліфікації невеликого підбурювання як готування до злочину. Підтримується точка зору щодо доповнення КК України відповідною нормою, яка б розповсюджувалася не тільки на підбурювача, а й на організатора чи пособника, якщо їх дії, з незалежних від них обставин, виявляться невдалими.

Доведена доцільність реформування ст. 386 КК України, відповідно до якого відповідальність за перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи інших органів або схилення їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом підкупу встановлювалася б частиною першою цієї статті, а відповідальність за ті ж самі дії, вчиненні шляхом примусу – частиною другою. Крім цього, запропоновано уніфікувати санкції, передбачені ст. 386 та ч. 2 ст. 384 КК України.

Зроблено висновок про те, що криміналізація дій адресата підкупу є обґрунтованою лише за умови, що його предметом є не загальні або спеціальні права та обов'язки, а повноваження.

Обґрунтовано, що провокація підкупу не може розглядатися як спеціальний вид підбурювання до надання-одержання неправомірної вигоди, оскільки у цьому випадку відсутні всі необхідні ознаки співучасті. За своєю сутністю провокація підкупу є навмисною, односторонньою діяльністю винного, що спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка має лише зовнішні ознаки злочину, але при цьому діяння спровокованого не має ознак винуватості, що повинно знайти відображення у конструкції відповідної норми. Розташування цього злочину у розділі XVII Особливої частини КК України не відповідає його кримінально-правовій природі, оскільки він, насамперед, спрямований на інтереси правосуддя.

Аргументовано висновок про необхідність викласти диспозицію ч. 1 ст. 149 КК України як описову.

Доведено, що у контексті ч. 1 ст. 149 КК України підкуп використовується законодавцем як спосіб спеціального підбурювання до передачі людини.

Зроблено висновок про те, що такі законодавчі конструкції, як «вплив у будь-якій формі», «незаконний вплив у будь-якій формі», «втручання у будь-якій формі», «вчинення у будь-якій формі перешкод» тощо можуть охоплювати собою як один (вплив-діяння), так і два види впливу – вплив-діяння та вплив-схилення. Саме ця обставина і повинна визначати остаточну кримінально-правову оцінку вчиненого.

Обґрунтовується теза про те, що існування такої кваліфікуючої обставини, як корислива мотивація є виправданим тільки у тих випадках, коли адресат підкупу не є його суб'єктом.

Звертається увага на недоліки законодавчої конструкції, передбаченої ч. 1 ст. 369³ КК України, оскільки вона ґрунтується на змішуванні двох видів підкупу – підкупу-способу та підкупу-правопорушення та не враховує тієї обставини, що відповідна Конвенція Ради Європи наполягає на встановленні її сторонами кримінальних санкцій саме за маніпулювання спортивними змаганнями, що, передусім, і повинно знайти відображення при криміналізації. За такого підходу, підкуп може розглядатися як спосіб загального підбурювання до маніпулювання спортивними змаганнями і кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України.

Аргументується позиція щодо необхідності зміни кримінально-правової природи цього злочину і позиціонування його як посягання у сфері господарської діяльності.

Зроблено висновок щодо доцільності повернення до попередньої редакції ст. 157 КК України, яка діяла до змін кримінального законодавства, що відбулися згідно із Законом від 14 жовтня 2014 р.

Аргументовано тезу про те, що загальнокримінальний підкуп може використовуватися лише як спосіб підбурювання або як спосіб вчинення діяння, передбаченого Особливою частиною КК України (перешкоджання, втягнення, схиляння, втручання, впливу). Тому спроби законодавця надати йому статусу окремого кримінального правопорушення не можна визнати обґрунтованими, оскільки це неминуче призводить до змішування різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу і безпідставному розширенню меж кримінальної відповідальності за одержання матеріальної чи нематеріальної винагороди.

У дисертації наголошується на необхідності класифікації корупційного підкупу не тільки за ознаками суб'єкта (загальний та спеціальний), а й виходячи з характеру його дій. На цій підставі пропонується виокремити вимушений, добровільний, пасивний та активний підкуп і покласти цю класифікацію в основу диференціації кримінальної відповідальності за нього.

Запропоновано також і класифікацію спеціального корупційного підкупу за предметом «купівлі-продажу». За цією ознакою виділяються: 1) підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати функції представника влади; 2) підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції; 3) підкуп, предметом якого є повноваження на вчинення юридично значущих дій; 4) підкуп, предметом якого є повноваження на виконання завдань і функцій державного органу чи органу місцевого самоврядування та повноваження, обумовлені виконанням професійних обов'язків; 5) підкуп, предметом якого є пов'язані з повноваженнями можливості.

Доведена доцільність розмежування на рівні КК України таких понять, як «службова» та «посадова» особа та аргументована теза про те, що при їх визначенні орієнтуватися треба виключно на галузевий підхід. Інше вирішення питання

призводить до безпідставного розширення цих понять у кримінально-правовій площині.

Обґрунтовано висновок про те, що поняттям службової особи охоплюються й особи, які здійснюють функції представників місцевого самоврядування (депутати місцевих рад, голови районних, обласних та районних у місті рад та їх заступники, сільські, селищні, міські голови та старости).

У роботі акцентовано увагу на тому, що суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України, є посадові особи державного, муніципального або прирівняного до них сектору, а підкупу, передбаченого ст. 368³ КК України, – посадові особи приватного чи прирівняного до нього сектору. При цьому підкреслюється, що використаний у КК України термін «службова особа юридичної особи» є невдалим, оскільки поняття юридичної особи публічного права не охоплює собою суб'єктів публічного права, які не мають статусу юридичної особи, а поняття юридичної особи приватного права – фізичних осіб-підприємців, які цілком можуть визнаватися суб'єктами злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368³ КК України. Тому пропонується зберегти усталене поняття «підприємство, установа, організація». При цьому вирішальне значення, як і раніше, повинна мати форма власності, на якій заснована певна структура чи частка такої власності у її статутному капіталі.

Аргументується висновок про необхідність реформування ст. 368⁴, яке повинно бути пов'язане з відмовою від такого терміну, як «публічні послуги» і закріпленням тієї обставини, що адресат підкупу реалізує повноваження на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру.

Доводиться доцільність виокремлення підкупу державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування в окрему статтю КК України, оскільки їх повноваження є самостійним поняттям і можуть виступити предметом «купівлі-продажу» у межах корупційного підкупу. Зазначається, що цю статтю слід розташувати у розділі XVII Особливої частини КК України, оскільки ці особи є суб'єктами відносин у сфері службової діяльності. Обґрунтовано, що за цією

статтею повинні нести відповідальність й інші категорії публічних службовців, зокрема, працівники публічної патронатної служби.

Звертається увага на те, що працівники підприємств, установ та організацій можуть здійснювати як повноваження, зумовлені їх професійними обов'язками, так і суто професійні функції, які предметом «купівлі-продажу» у межах корупційного підкупу бути не можуть. Тому, у відповідній нормі слід особливо наголосити на тому, що пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди працівнику підприємства, установи чи організації відбуваються у зв'язку з вчиненням (невчиненням) ним дій, пов'язаних з використанням наданих йому повноважень. Враховуючи, що законодавець не зводить родовий об'єкт злочинів у сфері службової діяльності до нормального функціонування виключно апарату управління, та наскрізну функцію примітки до цієї статті її теж слід було б розташувати у розділі XVII Особливої частини КК України.

Доведено, що виокремлення зловживання впливом у самостійну ст. 369² КК України є зайвим, оскільки суб'єктами такого зловживання визнаються виключно державні посадові особи та стало наслідком невдалого синтезу міжнародного, національного та зарубіжного підходів.

Підкреслюється, що конструкція, яка присвячена захисту осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування від небажаного впливу з боку знайомих, друзів, рідних, помічників, радників, секретарів, референтів тощо має право на існування. Більш того, таке діяння цілком може розглядатися як посягання у сфері службової діяльності. Однак, при цьому не може йтися про зловживання впливом, оскільки обумовлених повноваженнями можливостей для такого впливу у цьому випадку не існує. Тому, такий злочин не може розглядатися як корупційний.

У дисертації сформульовані теоретично обґрунтовані пропозиції як щодо вдосконалення існуючих кримінальних правових конструкцій, у яких фігурує підкуп (ч. 3 ст. 18, ст. 149, ст. 354, ст. 368⁴, ст. 369³, ст. 370 тощо), так і щодо доповнення КК України новими нормами (ч. 8 ст. 27, ч. 2 ст. 29, ст. 368⁶).

Ключові слова: корупція, кримінальне правопорушення, підкуп, підбурювання до злочину, спосіб вчинення злочину, матеріальна винагорода, критерії класифікації підкупу, загальнокримінальний підкуп, корупційний підкуп, неправомірна вигода.

SUMMARY

Komar V.V. Concepts and types of bribery under the criminal law of Ukraine. - Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation for the degree of Candidate of Law (Doctor of Philosophy) in the specialty 12.00.08 – Criminal Law and Criminology; Criminal Enforcement Law. – National University “Odessa Law Academy”, Odessa, 2020.

The dissertation is the first in the national science of criminal law a special complex study of bribery as a criminal law.

It is noted that the rather intensive legislative activity of the national legislator, which has been observed recently and is conditioned by the ratification by Ukraine of a number of international conventions aimed primarily at combating corruption, has led to a radical expansion of the traditional doctrinal concept of domestic law.

It began to be considered not only as a one-sided criminal offense, but also as an independent criminal offense, the perpetrators of which are both the subject and the addressee of bribery. Along with this, corruption bribery, whose peculiarities are the subject, the means and the criminal consequences of the act, stood out. At the same time, the legislator not only did not abandon the traditional understanding of bribery as a way of committing a crime, but also significantly expanded the scope of its application, both by criminalizing new acts and by modernizing features of already existing norms, which also happened under the influence of the relevant international law. bases. As a result, a rather difficult situation arose. On the one hand, the terms used in the text of the law on criminal liability should have the same meaning, especially when such a concept becomes legal, and on the other - the legislator establishes a number of features that are exclusively corruption-ridden, which makes it impossible to consider it. as a universal concept.

The way out of this situation is a clear differentiation of different types of bribery by their criminal nature. And this, in turn, actualizes the problem of finding reasonable criteria for such a classification.

Attention is drawn to the fact that, after reforming section XVII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Code of Ukraine), the legislator not only expands the range of subjects of the crimes envisaged here, but also isolates abuse of certain powers into separate articles of the Criminal Code, thus differentiating the criminal one. responsibility for various types of corruption bribery. This makes it possible to classify corruption bribery not only on the basis of the subject, but also by the nature of the powers exercised by him, which should be decisive for the law enforcer. It is emphasized that in contemporary dissertation research these circumstances remain unaddressed by authors who identify one or another type of corruption bribe solely on the basis of the subject and do not take into account that the same crime may be committed by different subjects.

It is concluded that overcoming such an approach is only possible if there is a comprehensive analysis of bribery as a criminal concept.

The genesis of ideas of bribery in domestic and foreign criminal legal doctrine is considered in the dissertation. It has been established that it was traditionally positioned as one of the means of influencing a person's consciousness in order to provoke the will and determination to commit a crime of his own free will and was considered within the limits of the doctrine of complex crime, including incitement.

The criminal law of Ukraine did not provide any indication of the ways in which the instigator may be used to persuade another person to commit a crime, and in science the proposals to create such a list were sometimes considered unreasonable. Foreign law is also rather ambiguous in this matter: in some cases the CC contains an approximate list of incitement methods, in others it does not.

Domestic criminal law has traditionally not provided for liability for accepting a bribe by bribe recipient on instigation, unlike foreign law where such liability could be established. However, the doctrine common to the domestic and foreign doctrine was support for the notion that complicity is possible only before the end of the crime.

Therefore, giving compensation to the perpetrator of the crime after his /her termination could not be considered as bribery.

At the legislative level, the term "bribery" appeared in the Criminal Code of the Ukrainian SSR in 1960 (Art. 180), where it was positioned not only as a separate form of incitement to refuse to give or to give knowingly false testimony or conclusion, but also as a way of preventing the appearance of a witness, a victim expert in court or other bodies. As a way of preventing a person from exercising his rights and fulfilling his duties, bribery eventually began to appear in other articles of the Criminal Code of the Ukrainian SSR in 1960 (Art. 127, Art. 129 1).

It was noted that the domestic jurisprudence of those years, using the concept of bribery, was not limited to mentioning it directly in the text of the law, considering it as a possible way of committing other crimes, including involvement.

The original wording of the Criminal Code of Ukraine in 2001 made no fundamental changes to the legislative concept of bribery as a criminal legal concept. However, this code enshrined it as a separate method of incitement to commit a crime. As a separate crime, bribery by the domestic legislature, as before, was not considered, although in theory bribery has traditionally been isolated.

In the current Criminal Code, bribery retains its criminal nature as a way of committing a crime, but it is already positioned as a separate criminal offense, the perpetrators of which are recognized as the subject and the addressee of bribery.

The paper argues that bribery and corruption should be considered as autonomous categories. On the one hand, bribery is only one of the manifestations of corruption, because in the criminal sphere along with it corruption is recognized and other crimes, which do not even contain the purpose, such as obtaining undue benefits, in particular Art. 210, 320 and 366 1. But, on the other hand, the Criminal Code provides for liability for bribery, which or from the standpoint of a note to Art. 45, or in the absence of the subject referred to in Part 1, Art. 3 of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" is not a corruption crime. That is, bribery can be positioned as a broader concept than corruption.

This approach makes it possible to classify the bribery provided for by the Criminal Code of Ukraine depending on the presence or absence of signs of corruption (in the

current Criminal Code of Ukraine this issue is solved by creating a list of corruption crimes) and divide it into general criminal and corruption ones. Given the different legal consequences of committing these types of bribery, namely the additional restrictions on the person who committed the corruption bribery, they cannot be considered as related crimes.

The division of bribery into bribery-incitement, bribery-obstruction (interference) and bribery-offense is suggested. It is noted that these varieties have their specific characteristics, which are not interchangeable.

It is emphasized that the current Criminal Code of Ukraine does not provide normative grounds for qualifying unsuccessful incitement as a preparation for a crime. The point of view of supplementing the Criminal Code is supported by an appropriate norm, which would be extended not only to the instigator, but also to the organizer or accomplice, if their actions, in their independent circumstances, prove unsuccessful.

The expediency of reforming Art. 386 of the Criminal Code, according to which the responsibility for preventing the appearance of a witness, a victim, an expert in court or other bodies or declaring them to refuse to give evidence or to make a statement, or to give a knowingly false statement or conclusion by bribe, would be established in the first part of this article , and responsibility for the same acts of coercion - part two. In addition, it is proposed to unify the sanctions provided for in Art. 386 and Part 2 of Art. 384 of the Criminal Code.

It is concluded that the criminalization of the actions of the bribe recipient is justified only if its subject matter is not general or special rights and obligations, but powers.

It is justified that the provocation of bribery cannot be considered as a special kind of incitement to grant-receive undue benefits, since in this case there are no all necessary signs of complicity. By its very nature, bribery provocation is a deliberate, one-sided activity of the perpetrator, aimed at modeling such behavior of another person who has only outward signs of a crime, but the act of the provoked has no signs of guilt, which should be reflected in the construction of the relevant norm. The location of this crime in

Chapter XVII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine does not correspond to its criminal nature, since it is primarily aimed at the interests of justice.

The conclusion about the necessity to lay down the disposition of Part 1 of Art. 149 of the Criminal Code as descriptive.

It is proved that in the context of Part 1 of Art. 149 of the Criminal Code bribery is used by the legislator as a way of special incitement to the transfer of a person.

It is concluded that such legislative structures as "influence in any form", "unlawful influence in any form", "interference in any form", "committing in any form of obstacles" etc. can embrace both one (impact-action) and two types of impact-influence-action and influence-inclination. It is this circumstance that should determine the final criminal assessment of the offender.

It is argued that the existence of such a qualifying circumstance as self-motivating motivation is justified only in cases where the recipient of the bribe is not the subject.

Attention is drawn to the shortcomings of the legislative framework provided for in Part 1 of Art. 369 3 of the Criminal Code, since it is based on a mixture of two types of bribery - bribery and bribery and offenses and does not take into account the fact that the relevant Council of Europe Convention insists on criminal sanctions established by its parties for the manipulation of sports competitions, which, above all , and should be reflected in criminalization. In this approach, bribery can be seen as a way of generating incitement to manipulate sports and qualify with reference to Part 4 of Art. 27 of the Criminal Code. The position on the need to change the criminal nature of this crime and positioning it as an encroachment in the sphere of economic activity is argued.

It is concluded that it is advisable to return to the previous edition of Art. 157 of the Criminal Code, which acted before the amendments to the criminal legislation, which took place under the Law of October 14, 2014.

It is argued that criminal bribery can only be used as a method of incitement or as a way of committing an act provided for by a Part of the Criminal Code of Ukraine (obstruction, involvement, inclination, intervention, influence). Therefore, the attempts of the legislator to grant him the status of a separate criminal offense cannot be considered justified, since it inevitably leads to the confusion of different types of bribery by nature

and the unjustified extension of the limits of criminal liability for material or intangible compensation.

The thesis emphasizes the need to classify corruption bribe not only on the basis of the subject (general and special), but also based on the nature of his actions. On this basis, it is proposed to distinguish forced, voluntary, passive and active bribery and to lay down this classification as the basis for the differentiation of criminal liability for it.

The classification of special corruption bribe on the subject of "sale" is also offered. According to this feature stands out: 1) bribery, the subject of which is the power to exercise the functions of a representative of power; 2) bribery, the subject of which is the authority to perform organizational, administrative and administrative-economic functions; 3) bribery, the subject of which is the power to commit legally significant actions; 4) bribery, the subject of which is the authority to perform the tasks and functions of a state or local self-government body and the powers stipulated in the performance of professional duties; 5) bribery, the subject of which is related to the powers of opportunity.

It is proved expediency to differentiate at the level of the Criminal Code such concepts as "official" and "official" person and a reasoned thesis that when defining them, it is necessary to focus solely on a sectoral approach. Another solution to the issue leads to an unwarranted extension of these concepts in the criminal sphere.

It is substantiated that the concept of official includes persons who perform functions of representatives of local self-government (deputies of local councils, heads of these councils and their deputies, village, town, mayors and elders).

The paper emphasizes that the subjects of the special corruption bribe provided by Art. 368 of the Criminal Code are officials of the public, municipal or equivalent sector, and the bribe provided for in Art. 368 3 CC - officials of the private or equivalent sector. It is emphasized that the term used in the Criminal Code "official of a legal entity" is unsuccessful, since the concept of a legal entity of public law does not include public law entities that do not have the status of a legal entity, and the concept of a legal entity of private law - natural persons- Entrepreneurs who may well be recognized as the subjects of crime under Part 3, Part 4 of Art. 368 3 QC. Therefore, it is proposed to preserve the well-established concept of "enterprise, institution, organization". At the same time, the form of

ownership on which a certain structure or share of such property in its authorized capital is based must still be crucial.

The conclusion about the need to reform Art. 368 4, which must be related to the rejection of a term such as "public service" and the fixing of the fact that the addressee of the bribe exercises the power to make a decision that has caused or is capable of producing legal consequences of an individual nature.

It is proved expedient to distinguish bribery of civil servants and employees of local self-government bodies in a separate article of the Criminal Code, since their authority is an independent concept and can be the subject of "sale" within the framework of corruption bribery. It is stated that this article should be placed in Section XVII of the Special Part of the Criminal Code, since these persons are subjects of relations in the sphere of professional activity. It is substantiated that other categories of public servants, including employees of the public patronage service, should be held responsible for this article.

Attention is drawn to the fact that employees of enterprises, institutions and organizations can exercise both the powers stipulated by their professional duties and purely professional functions, which cannot be the subject of "sale" within the framework of corrupt bribery. Therefore, it should be emphasized in the relevant provision that the offer, promise or misappropriation of an employee of an enterprise, institution or organization occurs in connection with committing (non-performing) actions related to the use of the powers given to him. Considering that the legislator does not reduce the generic object of crimes in the sphere of official activity to the normal functioning of the administrative apparatus alone and the through function of the note to this article, it should also be placed in Chapter XVII of the Special Part of the Criminal Code.

It is proved that the isolation of the abuse of influence in the independent art. 369 2 of the Criminal Code is superfluous, since only government officials are recognized as the subjects of such abuse, and it has resulted from the unsuccessful synthesis of international, national and foreign approaches.

It is emphasized that a structure that is designed to protect persons authorized to perform state or local government functions from undesirable influence by acquaintances,

friends, relatives, assistants, advisers, secretaries, referents, etc. has the right to exist. Moreover, such an act may well be regarded as an intrusion into the field of service. However, this cannot be an abuse of influence, since there is no scope for such influence in the case. Therefore, such a crime cannot be regarded as corrupt.

In the dissertation, theoretically substantiated proposals are formulated as to the improvement of the existing criminal legal structures in which bribery appears (Part 3, Art. 18, Art. 149, Art. 354, Art. 368 4, Art. 369 3, 370, etc.), as well as the amendments to the Criminal Code of Ukraine with the new norms (Part 8, Article 27, Part 2, Article 29, Article 368 6).

Keywords: corruption, criminal offense, bribery, incitement to crime, method of committing a crime, material reward, criteria for classification of bribery, general criminal bribery, corruption bribery, undue gain.

Список опублікованих праць за темою дисертації

1. Березнер В.В. Поняття корупції та система корупційних злочинів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2014. Т. 2. С. 123-128.

2. Березнер В.В. Об'єкт підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. Серія: Право. 2015. Вип. 35. Ч. 1. Т. 3. С. 47-54

3. Березнер В.В. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації в системі злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: Юридичні науки. 2015. Вип. 1. Т. 3. С. 166-174.

4. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід кримінально-правового характеру в боротьбі з підкупом. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2 (8). С. 151-156.

5. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп працівника підприємства, установи чи організації: тенденції та суперечності. *Держава та регіони*. Серія: Право. 2016. №4 (54). С. 74-83.

6. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід протидії корупційним злочинам: юридична природа та зміст. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. №7. С. 176-184

7. Березнер В. Провокація підкупу у світлі практики Європейського Суду з прав людини. *Jurnalul juridic national: teorie si practica*. 2016. №2 (18). С. 103-107.

8. Березнер В.В. Підкуп як кримінально-правове поняття: проблеми визначення та класифікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2018. Вип. 36. Т. 2. С. 131-139.

9. Березнер В.В. Підкуп як спосіб спеціального підбурювання до торгівлі людьми. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. №4. С. 190-196.

10. Березнер В.В. Міжнародно-правові аспекти формування та реалізації національної антикорупційної стратегії. Міжнародне право розвитку: сучасні тенденції та перспективи: матеріали Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 17 червня 2015 р.). Електронний збірник, 2015. URL:<http://intl.w.onua.edu.ua>.

11. Березнер В.В. Корупція: проблеми теоретичного та законодавчого визначення. *Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.). Одеса: Юридична література, 2015. Т. 2. С. 249-252.

12. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп: інституціональні та прикладні проблеми. *Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування*: матеріали Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 27 грудня 2016 р.). Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 139-147.

13. Березнер В.В. Провокація підкупу за кримінальним законодавством України: проблемні аспекти. *Правове життя сучасної України*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 361-365.

14. Березнер В.В. Провокація підкупу та контроль над його вчиненням крізь призму рішень Європейського Суду з прав людини. *Політико-правова доктрина*

державного суверенітету в умовах глобалізації: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 26 грудня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 356-359.

15. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 386 КК України. *Правове життя сучасної України*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 131-133.

16. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань. *Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 24 травня 2019 р.). Одеса: Юридична література, 2019. С. 221-224.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	3
ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК НОРМ ПРО ПІДКУП ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ.....	13
1.1. Підкуп у вітчизняному та зарубіжному кримінальному законодавстві: історичний та порівняльно-правовий аспекти.....	13
1.2. Співвідношення підкупу та корупції: теоретичні підходи та законодавче вирішення	35
1.3. Поняття підкупу за чинним кримінальним законодавством України	51
РОЗДІЛ 2. ЗАГАЛЬНОКРИМІНАЛЬНИЙ ПІДКУП ТА ЙОГО ВИДИ.....	64
2.1. Підкуп як спосіб підбурювання до вчинення злочину	64
2.2. Підкуп як спосіб вчинення злочину	97
2.3. Підкуп як самостійне кримінальне правопорушення.....	115
РОЗДІЛ 3. КОРУПЦІЙНИЙ ПІДКУП ТА ЙОГО ВИДИ.....	128
3.1. Підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати функції представника влади.....	128
3.2. Підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати організаційно- розпорядчі чи адміністративно-господарські функції	146
3.3. Підкуп, предметом якого є повноваження на вчинення юридично значущих дій.....	164
3.4. Підкуп, предметом якого є повноваження, пов'язані з виконанням завдань і функцій державного органу або органу місцевого самоврядування та повноваження, обумовлені виконанням професійних обов'язків	181
3.5. Підкуп, предметом якого є пов'язані з повноваженнями можливості .	197
ВИСНОВКИ	211
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	217
ДОДАТКИ	241

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

АРК	Автономна Республіка Крим
ВК України	Виборчий кодекс України
ГК України	Господарський кодекс України
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
КК	Кримінальний кодекс
КК України	Кримінальний кодекс України
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс
КПК України	Кримінальний процесуальний кодекс України
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
МК України	Митний кодекс України
ПВСУ	Пленум Верховного Суду України
РФ	Російська Федерація
СК України	Сімейний кодекс України
УРСР	Українська Радянська Соціалістична Республіка
ФРН	Федеративна Республіка Німеччина
ЦВК	Центральна виборча комісія
ЦК України	Цивільний кодекс України

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Підкуп є доволі традиційним поняттям для вітчизняної кримінально-правової доктрини, де він позиціонувався або як спосіб підбурювання до вчинення злочину, або як спосіб вчинення передбаченого Особливою частиною Кримінального кодексу України (далі – КК України) діяння, хоча ні в науці, ні в судовій практиці так і не було досягнуто згоди щодо розуміння сутності правопорушень, пов'язаних із підкупом.

Проте доволі інтенсивна законотворча діяльність національного законодавця, яка спостерігається останнім часом і зумовлюється ратифікацією Україною низки міжнародних конвенцій, спрямованих, насамперед, на боротьбу з корупцією, призвела до кардинального розширення змісту такого поняття, як підкуп. Він почав розглядатися не тільки як однобічне кримінально-каране діяння, а й як самостійне кримінальне правопорушення, виконавцями якого є як суб'єкт, так і адресат підкупу. Поряд з цим виокремився корупційний підкуп, специфічними особливостями якого є предмет, засоби та кримінально-правові наслідки вчинення. При цьому законодавець не тільки не відмовився від традиційного розуміння підкупу як способу вчинення злочину, а й суттєво розширив сферу його застосування як за рахунок криміналізації нових діянь (ст. 369³ КК України), так і за рахунок модернізації ознак вже існуючих норм (ст. 149, ст. 370 КК України), що теж відбулося під впливом відповідних міжнародно-правових актів. У підсумку виникла доволі складна ситуація. З одного боку, терміни, що вживаються у тексті закону про кримінальну відповідальність, повинні мати однаковий зміст, тим більше тоді, коли таке поняття набуває легального характеру, а з іншого – законодавець встановлює низку ознак, які притаманні виключно корупційному підкупу, що позбавляє можливості розглядати його як універсальне поняття.

У сучасній українській кримінально-правовій літературі зазначені обставини переважно ігноруються. Підкуп, як і раніше, розглядається або як спосіб вчинення злочину, або, навпаки, ознаки корупційного підкупу використовуються при характеристиці діянь не корупційного характеру, що цілком може дезорієнтувати правозастосовну практику. Вихід з цієї ситуації вбачається у чіткій диференціації

різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу. А це, у свою чергу, актуалізує проблему пошуку обґрунтованих критеріїв такої класифікації.

Підкуп як добре відоме фахівцям у галузі кримінального права поняття тією чи іншою мірою піддавався аналізу при характеристиці підбурювання до злочину (М.І. Бажанов, Ф.Г. Бурчак, М.І. Ковальов, А.П. Козлов, Г.А. Кригер, С.І. Нікулін, О.В. Ус), втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (І.М. Даньшин, І.П. Лановенко, Ю.Є. Пудовочкін, М.І. Трофімов, С.С. Яценко), перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи органів досудового розслідування (В.І. Борисов, Г.В. Галахова, О.С. Горелік, Л.В. Лобанова, І.М. Тяжкова, О.І. Чучаєв), перешкоджання у здійсненні виборчого права чи права брати участь у референдумі (О.М. Готін, І.О. Зінченко, С. Я. Лихова, К.А. Мозоль, О.О. Семенюк). Найбільша увага зазначеному поняттю була приділена у роботах, присвячених характеристиці посадових злочинів (злочинів у сфері службової діяльності), де традиційно виокремлювався хабар-підкуп, та у роботах, де розглядалися проблеми кваліфікації господарських злочинів та злочинів проти порядку управління, пов'язаних з одержанням незаконної винагороди (О.Ф. Бантишев, В.М. Бурдін, Б.В. Волженкін, О.О. Кашкаров, О.Х. Качмазов, В.М. Киричко, В.С. Лукомський, В.О. Навроцький, О.Я. Светлов, М.І. Хавронюк), у тому числі й на підставі нової нормативної бази (П.П. Андрушко, О.Ю. Бусол, К.П. Задоя, В.М. Киричко, О.В. Коротюк, Д.Т. Михайленко, В.І. Осадчий, А.В. Савченко, Є.Л. Стрельцов, В.В. Тютюгін). Розглядався підкуп і як узагальнююче поняття, що характеризує спосіб вчинення злочину (А.А. Вознюк, К.К. Овод).

Але це поняття ніколи не виступало як самостійний предмет дослідження, хоча тільки з цих позицій, особливо у сучасних умовах, і можна виявити спільні риси та особливості підкупу у межах тих чи інших кримінально-правових конструкцій.

Слід звернути увагу й ще на одну обставину, яка після реформування розділу XVII Особливої частини КК України набула принципового значення. Якщо раніше суб'єктом посадового злочину визнавалася виключно посадова (службова) особа (крім дачі хабара), то тепер законодавець не тільки розширює коло таких суб'єктів, а й намагається виокремити зловживання певними повноваженнями у самостійні

статті КК України, диференціюючи, таким чином, кримінальну відповідальність за різні види корупційного підкупу. Це дає змогу класифікувати корупційний підкуп не тільки за ознаками суб'єкта, а й за характером здійснюваних ним повноважень, що повинно мати визначальний характер для правозастосувача. Проте у дисертаційних дослідженнях останніх років, зокрема О.Д. Ярошенко «Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі» (Київ, 2014 р.), Ю.І. Шиндель «Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» (Харків, 2014 р.), О.В. Коротюк «Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину» (Київ, 2015 р.), К.К. Овод «Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи чи організації» (Харків, 2017 р.) та ін. зазначені питання розглядаються в усталеній площині з виокремленням того чи іншого виду корупційного підкупу виключно за ознаками суб'єкта і без урахування того, що один й той самий злочин може бути вчинений різними суб'єктами.

Отже, актуальність теми дисертаційної роботи зумовлюється необхідністю комплексного аналізу такого кримінально-правового поняття, як підкуп, виявлення критеріїв його класифікації, вдосконалення чинного кримінального законодавства в цій сфері та практики його застосування.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертаційне дослідження виконано відповідно до плану науково-дослідної роботи кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» «Стан, тенденції та перспективи розвитку кримінального права у XXI столітті» на 2016-2020 рр. як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116U001842) на 2016-2020 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційної роботи є комплексний аналіз підкупу як кримінально-правового поняття, його класифікація, вдосконалення відповідних кримінально-правових норм та уніфікація правозастосовної практики.

Для досягнення цієї мети в дисертації вирішувалися такі завдання:

охарактеризувати процес становлення та розвитку вітчизняних норм про підкуп як кримінально-правове поняття;

здійснити порівняльно-правовий аналіз норм КК України про підкуп із нормами кримінальних кодексів окремих зарубіжних країн;

з'ясувати співвідношення таких понять, як підкуп та корупція;

визначити поняття підкупу з позицій чинного кримінального законодавства України;

встановити критерії класифікації загальнокримінального підкупу на підкуп-підбурювання і підкуп-перешкоджання (втягнення, схиляння, втручання, вплив);

довести необґрунтованість законодавчого рішення щодо виокремлення такого різновиду загальнокримінального підкупу, як підкуп-правопорушення, виконавцями якого визнаються як суб'єкт, так і адресат підкупу;

визначити критерії класифікації корупційного підкупу на добровільний, вимушений, активний і пасивний та довести необхідність використання цієї класифікації при диференціації відповідальності за корупційний підкуп;

з'ясувати співвідношення таких понять, як службова та посадова особа;

встановити особливості предмету корупційного підкупу;

довести необхідність класифікації корупційного підкупу не за ознаками його спеціального суб'єкта, а за характером здійснюваних особою повноважень;

сформулювати теоретично обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства України в частині кримінальної відповідальності за підкуп та діяння, пов'язані з ним.

Об'єктом дослідження є кримінальні правовідносини, що виникають у зв'язку зі вчиненням підкупу та пов'язані з реалізацією відповідальності за нього.

Предметом дослідження є поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України.

Методи дослідження. Методологічною основою дисертаційної роботи є низка загальнонаукових і спеціальних методів наукового пізнання, вибір яких зумовлений метою, завданнями, об'єктом і предметом дослідження.

В основу дисертації покладений діалектичний метод дослідження правових явищ. За допомогою історичного методу було досліджено генезис норм про підкуп у

національному кримінальному законодавстві (розділ 1). Порівняльно-правовий метод дозволив встановити спільні риси та відмінності підкупу за КК України та кримінальних кодексів окремих зарубіжних країн (підрозділ 1.1). Метод системно-структурного аналізу використовувався при з'ясуванні співвідношення таких понять, як підкуп та корупція (підрозділ 1.2). Герменевтичний метод дозволив виявити сутнісні ознаки підкупу за чинним кримінальним законодавством України (підрозділ 1.3). За допомогою формально-логічного методу була здійснена класифікація підкупу (підрозділи 2.1-2.3 та 3.1-3.5). Метод теоретико-правового моделювання дозволив сформулювати пропозиції щодо вдосконалення кримінально-правових норм, де фігурує підкуп (підрозділи 2.1-2.3), та норм, де він позиціонується як самостійне кримінальне правопорушення (підрозділи 3.1-3.5). Конкретно-соціологічний метод використовувався при аналізі матеріалів судової практики (підрозділи 2.1 та 3.1-3.5).

Емпіричною базою дисертаційного дослідження є матеріали вітчизняної судової практики за 2013-2019 рр. (250 кримінальних проваджень) та матеріали оприлюдненої судової практики радянського періоду (1944-1991 рр.)

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертація є першим у вітчизняній науці кримінального права спеціальним комплексним дослідженням підкупу як кримінально-правового поняття.

На підставі проведеного дослідження сформульовані такі положення та пропозиції, що мають наукову новизну:

вперше:

підкуп визначено як комплексне поняття, що характеризує собою і спосіб вчинення кримінально-караних діянь, і окремі кримінальні правопорушення, відповідальність за які встановлюється самостійними статтями Особливої частини КК України;

обґрунтовано необхідність поділу підкупу (залежно від відсутності чи наявності ознак корупції) на загальнокримінальний, який повинен розглядатися виключно як однобічне кримінально-каране діяння, сутність якого полягає або у схиленні особи до вчинення злочину, або у перешкоджанні їй у здійсненні своїх загальних (спеціальних) прав чи виконанні обов'язків, та корупційний, який завжди

пов'язаний зі схилянням особи до протиправного використання наданих їй повноважень чи пов'язаних з ними можливостей і може позиціонуватися і як одностороннє, і як двостороннє кримінальне правопорушення, виконавцями якого виступають як суб'єкт, так і адресат підкупу. Доведено, що головною ознакою, яка відрізняє ці види підкупу, є їх предмет, який у межах корупційного підкупу складають виключно повноваження, що надаються певній особі, або пов'язані з ними можливості;

встановлено, що різновидами загальнокримінального підкупу є підкуп-підбурювання (загальне та спеціальне) і підкуп-перешкоджання (втягнення, схиляння, втручання, вплив), та доведено, що законодавче рішення, відповідно до якого такий підкуп розглядається і як окреме кримінальне правопорушення, є необґрунтованим, оскільки адресат загальнокримінального підкупу за будь-яких обставин не може визнаватися його суб'єктом;

аргументовано необхідність поділу корупційного підкупу (залежно від характеру дій його суб'єкта та адресата) на вимушений, добровільний, пасивний і активний та запропоновано покласти цю класифікацію в основу диференціації кримінальної відповідальності за пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди;

виокремлено різні види корупційного підкупу залежно від характеру здійснюваних особою повноважень та доведено, що саме предмет підкупу, а не ознаки суб'єкта, є визначальним при вирішенні питання про застосування норм, передбачених ст. ст. 354, 368, 368³, 368⁴, 369 та 369² КК України;

встановлено необхідність диференціації у кримінально-правовій площині таких понять, як службова та посадова особа. Доведено, що під службовими особами слід розуміти осіб, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а посадовими є особи, які обіймають постійно або тимчасово в органах державної влади чи в органах місцевого самоврядування, на підприємствах, установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням;

доведено, що законодавче рішення щодо диференціації кримінальної відповідальності за різні види корупційного підкупу шляхом їх виокремлення у самостійні статті Особливої частини КК України в цілому заслуговує на підтримку. Аргументовано пропозицію щодо виокремлення на рівні КК України підкупу публічного службовця;

вдосконалено:

законодавче визначення такого кримінального правопорушення, як торгівля людьми. Доведено, що диспозиція цієї норми повинна бути викладена як описова;

змістовну характеристику складу підкупу працівника підприємства, установи чи організації з акцентуванням уваги на тому, що неправомірна вигода цим працівникам надається виключно за протиправне використання наданих повноважень, а не за виконання ними суто професійних функцій;

змістовну характеристику підкупу особи, яка надає публічні послуги, у напрямку відмови від такого терміну, як публічні послуги і закріплення тієї обставини, що адресат підкупу реалізує повноваження на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру;

законодавчу конструкцію перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку таким чином, щоб відповідальність за такі дії шляхом підкупу та шляхом примусу встановлювалася б різними частинами ст. 386 КК України;

дістало подальшого розвитку:

пропозиція щодо доповнення КК України нормою, відповідно до якої за готування до злочину, крім підбурювача, несе відповідальність організатор та пособник, яким з незалежних від них обставин не вдалося схилити іншу особу до вчинення злочину;

наукова позиція, згідно з якою провокація підкупу не може розглядатися як спеціальний вид підбурювання. Доведено, що вона є однобічним кримінально-караним діянням, виконавцем якого є виключно особа, яка спровокувала вчинення підкупу;

положення щодо подвійної кримінально-правової природи таких законодавчих конструкцій, як «вплив у будь-якій формі» та «втручання у будь-якій формі» та

неприпустимості застосування у таких випадках як ч. 4 ст. 27 КК України, так і ст. 369 КК України;

висновок про необхідність захисту осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, від небажаного впливу з боку знайомих, друзів, рідних, помічників, радників, секретарів, референтів тощо та закріплення такого діяння в окремій статті Особливої частини КК України.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що висновки та пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використанні у:

науково-дослідній діяльності – для подальшого дослідження проблем кримінально-правової протидії підкупу та злочинам, пов'язаним з підкупом (Акт Херсонського державного університету від 13.11.2019 р.);

правотворчій діяльності – для вдосконалення національного кримінального законодавства в частині протидії підкупу та злочинам, пов'язаним з ним;

правозастосовній діяльності – при вирішенні проблем кваліфікації підкупу та злочинів, пов'язаних з ним (Акт Херсонської місцевої прокуратури від 12.11.2019 р.);

навчальному процесі – при викладанні навчальних курсів «Кримінальне право України. Загальна частина», «Кримінальне право України. Особлива частина», спеціальних курсів «Теорія кваліфікації злочинів», «Кваліфікація корупційних злочинів», підготовці робочих програм, підручників, навчальних посібників, методичних рекомендацій, тематики кваліфікаційних робіт із зазначених дисциплін (Акт Національного університету «Одеська юридична академія» від 12.11.2019 р.);

правовиховній діяльності – для формування правових знань усіх категорій населення, які можуть стати жертвою підкупу та злочинів, пов'язаних з ним.

Апробація результатів дослідження. Дисертацію виконано і обговорено на кафедрі кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія». Основні положення дисертації доповідалися на міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: Міжнародній науково-практичній конференції «Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України» (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Міжнародне право розвитку: сучасні тенденції та перспективи

(м. Одеса, 17 червня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Нормативні і прикладні основи вдосконалення інституту призначення покарання та інших заходів кримінально-правового впливу» (м. Одеса, 26-27 грудня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень Європейського суду з прав людини» (м. Одеса, 22 квітня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування» (м. Одеса, 27 грудня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Концептуальні основи кримінальної законотворчості» (м. Одеса, 19-20 жовтня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації» (м. Одеса, 26 жовтня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри» (м. Одеса, 24 травня 2019 р.).

Публікації. Основні теоретичні та практичні висновки, положення та пропозиції дисертаційного дослідження викладені у 16 наукових працях, з яких 8 наукових статей опубліковані у фахових виданнях з юридичних наук, перелік яких затверджено МОН України, 1 наукова стаття опублікована у зарубіжному періодичному виданні та 7 тез доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою та завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які містять одинадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел (268 найменувань) та додатків. Загальний обсяг роботи становить 249 сторінок, з яких основний зміст – 216 сторінок.

РОЗДІЛ 1

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК НОРМ ПРО ПІДКУП ЯК КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПОНЯТТЯ

1.1 Підкуп у вітчизняному та зарубіжному кримінальному законодавстві: історичний та порівняльно-правовий аспекти

Масштабне реформування національного кримінального законодавства, яке розпочалося у 2011 р. (на сьогодні цей процес навряд чи можна вважати завершеним), обумовило появу нових поглядів законодавця на поняття підкупу. Запропоноване нормативне вирішення цього питання викликало особливу зацікавленість серед вітчизняних фахівців та бурхливі дискусії, які відбуваються, переважно, за трьома напрямками: об'єктивні ознаки підкупу, його суб'єкти та засоби, які вони використовують для досягнення тієї чи іншої мети. Проте сам термін «підкуп» не є новелою ані для КК України, ані для практики його застосування. У зв'язку з цим викликає певний інтерес історія становлення і розвитку зазначеного поняття у національному та зарубіжному кримінальному праві та генеза формування інших положень, що напряду пов'язані із з'ясуванням його кримінально-правової сутності, оскільки підкуп завжди використовувався як спосіб вчинення інших діянь і сам по собі як злочину не розглядався.

У кримінальному законодавстві будь-якої країни світу можна виокремити доволі значну групу злочинів, які полягають у протиправному впливі на свідомість та волю іншої особи з метою домогтися від неї бажаної для винного поведінки. Така поведінка адресата впливу, у свою чергу, може бути як злочинною, так і не визнаватися злочином з позицій діючих КК. Тому, у першому випадку, підстави криміналізації дій суб'єкта впливу пов'язуються із схиленням особи до вчинення нею злочину, а у другому – із самим фактом такого протиправного впливу. Таким чином, вплив, про який ідеться, можна поділити на вплив-схилення та вплив-діяння. Слід особливо наголосити на тому, що таке виокремлення є умовним, оскільки з одного боку законодавець пов'язує підставу кримінальної відповідальності

виключно з вчиненням особою діяння (ч. 1 ст. 2 КК), а з іншого, будь-який вплив на особу завжди пов'язаний зі схиленням її до певної поведінки. Тому, такий поділ здійснюється виключно з метою більш точного встановлення обставин, якими обґрунтовується суспільна небезпека впливу.

Історично першим різновидом впливу на свідомість та волю іншої особи був вплив-схилення, який у кримінально-правовій літературі позаминулого століття розглядався у межах вчення про форми складної злочинності та іменувався «винуватістю інтелектуальною» або підбурюванням. О.Ф. Кістяківський зазначав, що «для підбурювання необхідними є дві умови: перша, щоб злочинець не докладав своїх фізичних зусиль до безпосереднього відтворення самого реального складу злочину; друга – щоб він схилив, налаштував волю іншого на задуманий їм злочин, так би мовити перелив моральною діяльністю свій злочинний намір у душу потерпілого» [1, с. 532]. Таке «переливання» злочинного наміру могло відбуватися і завдяки наданню або пропозиції надання певної матеріальної винагороди (подарунків).

За законодавством тих часів готування до злочину, за загальним правилом, не визнавалося кримінально-караним. Тому не підлягало покаранню не тільки підбурювання, яке залишилося без наслідків, тобто не супроводжувалося створенням у душі підбурюваного злочинної рішучості, а й підбурювання, яке породило таку рішучість, тобто готування до злочину, яке вже відбулося (у формі підшукування співучасників), навіть тоді, коли підбурюваний отримав засоби вчинення того чи іншого діяння або винагороду за його вчинення.

Виходячи із загальної некараності готування, теорія кримінального права ХІХ-го століття все ж таки допускала можливість визнання його злочином у виключних випадках щодо тих найважливіших діянь, одне готування до яких може бути визнано кримінально-караним. При цьому О.Ф. Кістяківський наполягав на тому, що й тоді, якщо підбурювач та підбурюваний добровільно взяли назад свою злочинну рішучість, таке підбурювання не підлягає покаранню [1, с. 536]. Таким чином, сумнівів у покаранні не викликало тільки таке підбурювання, наслідком якого став замах на злочин.

Зазначений підхід був притаманний і першим кримінальним кодексам України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 12 КК Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – УРСР) 1922 р. готування до злочину каралося лише у тому випадку, коли воно саме по собі було караним діянням [2]. Не застосовувалися заходи соціальної оборони за готування до злочину і згідно з ч. 2 ст. 18 КК УРСР 1927 р., крім випадків, коли у самому готуванні до злочину є ознаки суспільно-небезпечної дії [3]. Тому підбурювання могло визнаватися злочином лише тоді, коли особу схилили до замаху на вчинення того чи іншого діяння.

Така ситуація є характерною і для сучасного зарубіжного законодавства, наприклад, для КК Бельгії, розділ IV Книги першої якого передбачає відповідальність тільки за замах на злочин або проступок. Аналогічно вирішує питання й глава II КК Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН). Відповідно до примітки 1 ст. 41 КК Ісламської Республіки Іран умисні дії, які є готуванням до злочину, але прямого зв'язку із вчиненням злочину не мають, готуванням до злочину не визнаються і покаранню не підлягають. Інколи, намагання схилити іншу особу до вчинення злочину визнається кримінально-караним діянням, але розглядається не як готування, а як замах на злочин (наприклад, ч. 2 ст. 24 КК Швейцарії). При цьому у статтях Особливої частини може встановлюватися відповідальність за окремі підготовчі дії. Так, наприклад, § 83 КК ФРН передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від одного до десяти років за підготовку певної акції державної зради проти Федерації (ч. 1) і покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох місяців до п'яти років за аналогічні дії проти Землі (ч. 2), а § 149 – покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років або штрафу за підготовку до підробки грошей або знаків оплати (ч. 1).

Слід зазначити, що у законодавстві деяких країн намагання схилити іншу особу до вчинення злочину розглядається як замах на співучасть. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 § 30 КК ФРН, той, хто намагається схилити іншу особу до вчинення злочину (тобто збуджує рішучість його вчинити) або підбурює (за КК ФРН підбурювання пов'язується виключно з умисними діями підбурювача, який підбурює іншу особу до умисного вчинення протиправного діяння, яким визнається,

що найменш, замах на злочин. Тобто, у цій ситуації рішучість на вчинення злочину вже виникла і підбурювач тільки укріплює її, схиляючи особу безпосередньо до замаху) до його вчинення, карається згідно з положеннями про замах на злочин. Замахується на каране діяння той, хто згідно зі своїм уявленням про діяння безпосередньо приступає до здійснення складу діяння (§ 22). Склад діяння розуміється як виконання конкретним діянням законодавчо визначених ознак складу закону. У свою чергу, склад закону позиціонується як законодавче визначення об'єктивних та суб'єктивних передумов поведінки, яка знаходиться під загрозою покарання, необхідних для визнання її злочинним діянням [4, с. 190-191]. Схилення особи до вчинення злочину чи підбурювання до нього не входять до об'єктивної сторони конкретного діяння, передбаченого Особливою частиною, але охоплюються поняттям складу закону, який визначає умови для визнання їх кримінально-караними. За такого підходу, замах на співучасть, тобто на діяння, яке містить склад закону, є цілком можливим. Тому, спроби особи схилити за допомогою матеріальної винагороди іншу особу до виникнення рішучості його вчинити або замаху на злочин можуть кваліфікуватися як замах на співучасть.

КК УРСР 1960 р. вже виходив із загальної караності готування (ч. 1 ст. 17) [5]. Якщо ж у статтях Особливої частини цього законодавчого акту готування розглядалося як самостійний злочин, кваліфікація відбувалася без посилань на ст. 17 КК. Наприклад, організація озброєної банди визнавалася закінченим злочином і кваліфікувалася лише за ст. 69 КК. У цьому випадку діяльність зі створення банди, яка не дала такого результату, кваліфікувалася вже не як готування, а як замах на бандитизм. Тому, підбурювання особи до організації банди, яка не вдалася, обмежувалося схиленням її до замаху на злочин. Проте, за загальним правилом, підбурювання визнавалося кримінально-караним, якщо особу схилили до готування злочину.

Вітчизняне кримінальне законодавство XIX століття не містило вказівки на ті чи інші способи, які може використовувати підбурювач, схиляючи іншу особу до вчинення злочину. Більш того, наприклад, О.Ф. Кістяківський вважав, що намагання створити такий перелік є абсолютно безкорисними та призводять до хоча і палких,

але порожніх дискусій [1, с. 534]. Мотивуючи свою позицію вчений зазначав, що найбільші складнощі у виявленні підбурювання полягають у тому, що воно відбувається сам на сам з підбурюваним. Коли ж вже викриті дані, які свідчать про наявність підбурювання, то визначення його достатності цілком можливе і без підведення його під ту чи іншу категорію способів [1, с. 535].

Утім, зарубіжне законодавство тих часів, переважно німецьке (ГанOVERський, Брауншвейгський, Ольденбургський, Гесенський кодекси тощо), вказівки на головні способи підбурювання (такий перелік ніде і ніколи не був вичерпним, що й давало змогу багатьом дослідникам для висновку щодо його зайвості) все ж таки передбачало. Серед таких способів фігурували: насильство, погроза, наказ, доручення, обіцянка або надання винагороди, порада, спокуса, настійне прохання, умовляння, умисне збуджування чи користування помилкою, пристрастю або душевним рухом [1, с. 535]. Доволі примітним є той факт, що вітчизняна теорія кримінального права ХІХ століття не тільки заперечувала необхідність створення на законодавчому рівні переліку способів підбурювання, а й пов'язувала останнє виключно з ситуацією, коли намір підбурювача перейшов до підбурюваного не механічним шляхом, тобто за допомогою насильства, а органічним, завдяки більш менш вільному схиленню підбурюваного до злочинної рішучості [1, с. 534]. З цього поставало, що насильство, принаймні фізичне, як спосіб підбурювання не розглядалося. Не згадувалося про такий спосіб підбурювання і у літературі 50-х років минулого століття [6, с. 299]. Проте у літературі 90-х років вже зазначалося, що способом здійснення підбурювання може виступати і фізичний або психічний примус [7, с. 269].

Віддаючи данину вітчизняним традиціям, КК УРСР 1922 р. (ч. 2 ст. 16), 1927 (ч. 1 ст. 20) та КК УРСР 1960 р. (ч. 5 ст. 19), визнаючи підбурювачем особу, яка схилила іншу особу до вчинення злочину, вказівки на конкретні способи такого схилення не містили. Хоча це зовсім не означало, що цим поняттям не охоплювалися випадки, коли підбурювач схилив іншу особу до вчинення злочину за допомогою певної матеріальної вигоди. Саме у такій якості термін підкуп і був вперше використаний в Особливій частині КК УРСР 1960 р. (ст. 180), де мова йшла

про схилення свідка, потерпілого або експерта до відмови від давання або до давання завідомо неправдивих показань або висновку.

Розвиток зарубіжного законодавства у цьому питанні пішов двома шляхами: або КК не містить вказівки на способи підбурювання (ст. 24 КК Швейцарії, ч. 1 ст. 31 КК Республіки Корея, ч. 5 ст. 24 КК Литовської Республіки, ч. 4 ст. 42 КК Республіки Молдова, ч. 1 ст. 11.4 КК Австралії, ч. 5 ст. 16 КК Республіки Білорусь та ін. Відмовився від переліку таких способів і діючий КК ФРН - § 26), або передбачає певний перелік, який завжди є приблизним. Так, наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 66 КК Бельгії, підлягають покаранню як винні у вчиненні злочину чи проступку ті, хто подарунками, обіцянками, погрозами, шляхом зловживання владою чи повноваженнями, обманом чи незаконними маніпуляціями прямо буде схилити до вчинення злочину чи проступку [8, с. 69]. Ст. 121⁷ КК Французької Республіки містить положення, згідно з яким співучасником злочину або проступку є особа, яка за допомогою подарунків, обіцянок, погроз, вимог, зловживання владою чи повноваженнями спровокувала злочинне діяння або дала вказівку на його вчинення [9, с. 42]. Приблизний перелік способів підбурювання містить ч. 4 ст. 33 КК Російської Федерації (далі – РФ), КК Республіки Вірменія (ч. 4 ст. 38) та інші. Фізичне насильство як спосіб підбурювання не фігурує, хоча їх перелік традиційно залишається відкритим. Доволі цікаву конструкцію передбачає п. 1 ч. 1 ст. 43 КК Ісламської Республіки Іран, де самостійним способом схилення іншої особи до вчинення злочину, поряд з умовлянням, погрозою, підкупом, помилкою та обманом виступає й підбурювання [10, с. 60]. Такий підхід вірогідно пов'язаний з тим, що законодавство цієї країни, як і КК ФРН, виходить з некараності готування, пов'язуючи підбурювання, що найменш із замахом на злочин, а схилення особи до вчинення злочину, внаслідок якого виникла рішучість його вчинити, розглядається як замах на співучасть. При цьому вдале підбурювання до замаху на злочин кваліфікується як замах на злочин, а невдале – як замах на співучасть.

За кримінальним законодавством деяких країн світу злочином визнаються не тільки дії, пов'язані зі схиленням іншої особи до вчинення відповідного діяння, а й дії адресата впливу. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 § 30 КК ФРН за замах на

співучасть карається й той, хто виявляє готовність вчинити злочин, хто приймає запропоновані послуги іншої особи або хто домовляється з іншою особою вчинити злочин або підбурювати до його вчинення [11, с. 134].

Вітчизняне кримінальне законодавство відповідних приписів не передбачало. Тому, за загальним правилом, виникнення бажання вчинити злочин, у тому числі й завдяки отриманій винагороді чи її частини, як злочин не розглядалось. Проте доволі традиційним було вітчизняне рішення про можливість підбурювання не тільки щодо дій виконавця злочину, а й щодо дій іншого підбурювача або пособника. Наприклад, одна особа умовляннями схиляє іншу особу, щоб вона шляхом підкупу схилила третю особу до вчинення злочину або одна особа, погрожуючи іншій особі, схиляє її до надання автівки третій особі для вчинення злочину. Такі дії кваліфікувалися як підбурювання до злочину або як пособництво у ньому. Спільною для вітчизняної та зарубіжної доктрини була підтримка тези про те, що співучасть є можливою тільки до закінчення злочину. Тому, надання матеріальної винагороди виконавцю злочину після його закінчення не могло розглядатися як підкуп.

Таким чином, вплив-схилення у національному кримінальному законодавстві (1922 - 2001 роки) був представлений підбурюванням до вчинення злочину (загальне підбурювання) та схиленням свідка, потерпілого, експерта до відмови від давання показань чи висновку або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку (ст. 180 КК УРСР 1960 р.).

Питання щодо кримінально-правової природи схилення, передбаченого ст. 180 КК УРСР 1960 р. (аналогічні за змістом статті передбачали і КК інших союзних республік), у теорії вітчизняного кримінального права вирішувалося неоднозначно. Відповідно до першої позиції у контексті зазначеної норми підкуп є окремим випадком підбурювання до давання неправдивих показань. Тому він повинен розумітися так само, як він розуміється в межах підбурювання і вважатися закінченим з моменту досягнення згоди (на умовах отримання матеріальної вигоди) про надання таких показань чи висновку [12, с. 16]. На думку інших, підкуп свідка, потерпілого або експерта з метою відмови їх від давання показань чи висновку або

до давання завідомо неправдивих показань чи висновку слід розцінювати як самостійний злочин, оскільки на відміну від підбурювання, коли особу схилили до вчинення злочину, тобто коли має місце результат у вигляді фактичного збудження рішучості вчинити злочин, у даному випадку кримінально-караним є сам процес схиляння [13, с. 329].

Дійсно, конструкція, передбачена ст. 180 КК УРСР 1960 р., була доволі незвичною. Підкуп виокремлювався як у її найменуванні (перешкоджання явці свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від дачі показань чи висновку, підкуп цих осіб або погроза помстою за раніше дані показання чи висновок), так і у диспозиції (підкуп свідка, потерпілого чи експерта з метою перешкоджання їх явці до суду чи інших органів або відмови від дачі показань чи висновку або до дачі завідомо неправдивих показань чи висновку) цієї норми. Оскільки поняття підкупу вживалося тут як явище того самого роду, що й перешкоджання та примушування, воно ззовні могло розглядатися як самостійна форма об'єктивної сторони діяння, передбаченого ст. 180 КК УРСР 1960 р. Більш того, на відміну від КК України, де підкуп вчинявся все ж таки з метою перешкоджання, відмови або давання показань, законодавець деяких колишніх радянських республік у середині 90-х початку 2000-х виокремив підкуп свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста та перекладача у самостійний склад злочину (наприклад, ч. 1 ст. 309 КК РФ, ч. 1 ст. 340 КК Республіки Вірменія тощо). Це дало змогу багатьом фахівцям при аналізі цього поняття проводити паралелі зі вже відомим на той час кримінальному законодавству пострадянського простору поняттям комерційного підкупу, посиляючись на те, що багатозначності термінів у КК бути не повинно [13, с. 328]. За загальновизнаною в теорії та судовій практиці точкою зору комерційний підкуп (як і дача та отримання хабара) вважався закінченим з моменту прийняття одержувачем хоча б частини наданих цінностей [14, с. 248-249]. Тому, при відмові одержувача прийняти предмет підкупу вчинене пропонувалося кваліфікувати як замах на підкуп. Але за такого підходу незрозумілою залишалася доля обіцянки або пропозиції винагороди за неправдиві показання чи висновок, на підставі чого була досягнута згода про їх надання. Такі

дії фактично утворювали підбурювання до злочину. Проте, така кваліфікація заперечувалася посиленням на те, що у випадку невдалого підбурювання (коли зазначена згода не досягнута) вчинене буде утворювати готування до злочину, а воно, у цьому разі, не є кримінально-караним. Позиціонування підкупу свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста, перекладача як схиляння, а не як схилення дозволяло, на думку деяких авторів, охопити собою і невдале підбурювання та визнати його кримінально-караним діянням. У підсумку пропонувалося обіцянку або пропозицію винагороди, а також згоду на надання неправдивих показань та висновку кваліфікувати як замах на підкуп [13, с. 328-329; 14, с. 243]. Однак це прямо суперечило законодавчим уявленням щодо комерційного підкупу (саме з ним проводилися паралелі) як незаконної передачі грошей, цінних паперів чи іншого майна (ч. 1 ст. 204 КК РФ, ч. 1 ст. 200 КК Республіки Вірменія), оскільки ні пропозиція, ні обіцянка, ні навіть досягнення згоди на дачу неправдивих показань не пов'язувалися з безпосередньою передачею матеріальних цінностей і звідси не могли утворювати об'єктивної сторони підкупу. У той же час, замахом на злочин визнавалися умисні дії, які безпосередньо спрямовані на вчинення злочину (ч. 3 ст. 30 КК РФ, ст. 34 КК Республіки Вірменія). Ігнорування цих обставин призводило до безпідставного розширення меж кримінальної відповідальності за підкуп, що аналізується.

Не дивлячись на виокремлення підкупу як у найменуванні, так і у диспозиції норми, передбаченої ст. 180 КК УРСР 1960 р., скоріше за все він розглядався законодавцем виключно як спосіб перешкоджання або схилення, оскільки застосовувався саме з цією метою. Дії адресата підкупу, навіть тоді, коли він виокремлюється у самостійну частину статті Особливої частини КК, кримінально-караними не визнавалися, що є характерним для впливу, про який йшлося вище. Тому матеріальна винагорода за давання правдивих показань чи висновку не тільки не є злочином, а й всіляко заохочується. Таким чином, підкуп, що аналізується, був спеціальним видом підбурювання до визначеного ст. 180 КК УРСР 1960 р. злочину, а саме до відмови від давання або до давання завідомо неправдивих показань чи

висновку (ст. ст. 178, 179 КК УРСР 1960 р.), що й повинно було враховуватися при його кримінально-правовій оцінці.

Другим різновидом впливу на волю та свідомість іншої особи є вплив-діяння. Його особливість полягає в тому, що від особи винний прагне домогтися такої поведінки, яка хоча й може визнаватися неправомірною, але за будь-яких умов не є злочином. Оскільки у даному випадку співучасть відсутня (адресат впливу злочину не вчиняє), правила кваліфікації підбурювання як схилення особи до вчинення злочину застосовуватися не можуть.

Слід звернути увагу на те, що у зарубіжному законодавстві ця обставина може ігноруватися. Так, наприклад, КК Туреччини оперує поняттям підбурювання до проституції (глава третя розділу VIII книги II), хоча сама проституція злочином не визнається, а караність самого підбурювання пов'язується як мінімум із замахом на злочин (ст. 64). Караним є і схилення іншого до вчинення правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 65), але воно підбурюванням не визнається [15, с. 70, 278]. Такий підхід, поза сумнівів, сприяє повному змішуванню понять.

Суспільну небезпеку впливу-діяння законодавець вбачає у самому факті впливу, незалежно від реакції на це з боку його адресата. Тому, виникнення в нього бажання чи рішучості вчинити дії, яких вимагає суб'єкт впливу, чи відсутність такого бажання значення не мають. Особливістю таких діянь є й те, що вони визнаються закінченими вже на стадії готування. Тому, невдалий вплив на особу, коли винний не зміг досягнути згоди від адресата, повинен визнаватися закінченим злочином. У такій якості поняття підкупу у національному кримінальному законодавстві теж вперше було використано в Особливій частині КК УРСР 1960 р. (термін підкуп у тексті КК УРСР 1922 р. та КК УРСР 1927 р. не вживався). Так, відповідно до ч. 1 ст. 127 перешкоджання здійсненню громадянином України його виборчих прав або роботі виборчої комісії, з метою вплинути на результати виборів могло бути вчинено і шляхом підкупу. Шляхом підкупу могло бути вчинено також перешкоджання вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі, вести агітацію до дня проведення референдуму (ч. 1 ст. 129¹) та перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи інших органів

(ст. 180). У цих випадках суб'єкт впливу вимагав від потерпілого вчинення дій, які самі по собі не були злочинними – відмова від участі в голосуванні, голосування за певного кандидата, голосування за чи проти певного рішення на референдумі, зняття своєї кандидатури, нез'явлення до суду тощо. Тому прийняття винагороди чи відмова її прийняти значення не мали, оскільки підставу кримінальної відповідальності законодавець вбачав не у схиленні до певної поведінки, а у самому факті перешкоджання особі у здійсненні своїх прав чи у виконанні своїх обов'язків, незалежно від того чи погодився потерпілий це зробити.

Проте у літературі з цього приводу висловлюються протилежні думки. Так, насамперед, стверджується, що підкуп як спосіб перешкоджання полягає у схиленні особи шляхом надання або обіцянки надання винагороди матеріального характеру (грошей, матеріальних цінностей або послуг) до вчинення певних дій [16, с. 403]. Це, у свою чергу, дає підстави для висновку, що перешкоджання шляхом підкупу повинно вважатися закінченим злочином з моменту прийняття потерпілим обіцянки надати йому матеріальні цінності [17, с. 964]. А у підсумку зазначається, що перешкоджання, яке вчиняється шляхом підкупу, повинно визнаватися закінченим злочином з моменту одержання хоча б частини матеріальної винагороди або згоди її прийняти (згоди на звільнення від матеріальних зобов'язань) [18, с. 963]. Не складно помітити, що автори намагаються провести паралелі з впливом-схиленням, ототожнюючи вплив-діяння з підбурюванням до злочину, що необґрунтовано. Слід ще раз наголосити на тому, що перешкоджання робить злочином не виникнення у потерпілого бажання вчинити ті чи інші дії, яких прагне винний, а сам факт впливу на нього, який відбувається з метою не допустити здійснення їм своїх прав чи виконання обов'язків. Виходячи з такої законодавчої конструкції, можна зробити висновок, що у тих випадках, коли перешкоджання відбувалося шляхом підкупу, навіть однієї пропозиції матеріальної винагороди відповідному суб'єкту (виборцю, учаснику референдуму, свідку, потерпілому, експерту) було достатньо, щоб визнати його закінченим злочином, незважаючи на те, що вона могла бути і відхилена. Таке вирішення питання узгоджується і з позицією вищої судової інстанції України, яка наполягала на тому, що перешкоджання, насамперед, – це протидія, яка спрямована

щодо конкретної особи з метою домогтися від неї відмови від участі у виборах, зміни змісту волевиявлення, відмови від проведення передвиборчої агітації тощо [19, с. 527]. Тому якщо, наприклад, особа біля входу на виборчу дільницю пропонувала громадянам, які йдуть голосувати, матеріальну винагороду за підтримку певного кандидата, такі дії цілком утворювали склад перешкоджання, незалежно від того, приймалася така пропозиція або відхилялася.

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі попередні висновки. У вітчизняному кримінальному законодавстві, яке передувало КК України 2001 р., підкуп використовувався як: 1) спосіб схилення іншого співучасника до вчинення будь-якого злочину (загальне підбурювання); 2) спосіб схилення свідка, потерпілого, експерта до відмови від давання показань (висновку) чи до давання завідомо неправдивих показань або висновку (спеціальне підбурювання); 3) спосіб перешкоджання особі у здійсненні її прав та виконанні обов'язків. У останніх двох випадках термін «підкуп» безпосередньо вживався у тексті КК УРСР 1960 р.

Правила кваліфікації цих видів впливу не співпадали. Вдале підбурювання до вчинення злочину (коли у схиленого співучасника виник намір його вчинити) кваліфікувалося за ч. 5 ст. 19 та відповідною статтею Особливої частини КК УРСР 1960 р. Невдале підбурювання (коли у особи такий намір не виник) розцінювалося як готування до відповідного злочину і кваліфікувалося з посиланням на ст. 17, оскільки КК УРСР 1960 р. готування до злочину вже визнавав кримінально-карним діянням. За цими ж правилами повинно було кваліфікуватися й спеціальне підбурювання, оскільки воно відрізнялося від загального тільки тим, що виокремлювалося у самостійний склад злочину.

Слід підкреслити ту обставину, що в самостійний склад злочину може виокремлюватися лише вдале підбурювання, оскільки інше вирішення питання неминуче призведе до безпідставного розширення самого поняття підбурювання, що суперечить законодавчим уявленням про підбурювача як особу, яка схилила (а не схиляла) іншу особу до вчинення злочину. У літературі тих років ця обставина фактично ігнорувалася та наголошувалося на тому, що підкуп свідка, потерпілого, експерта, який полягає у пропозиції або наданні зазначеним особам матеріальних

благ за дачу неправдивих показань чи висновку, є закінченим злочином з моменту вчинення цих дій, тобто з моменту пропозиції таких благ [20, с. 61]. Оскільки у даному випадку мова йшла про підбурювання до злочину, воно могло визнаватися закінченим тільки тоді, коли у адресата підкупу виник намір вчинити злочин. Тому за ст. 180 КК УРСР 1960 р. міг кваліфікуватися тільки такий підкуп, який призвів до виникнення наміру (ч. 5 ст. 19 у цьому випадку не застосовувалася, тому що пріоритетом користувалася спеціальна норма). Якщо ж пропозиція свідком, потерпілим або експертом була відхилена, вчинене утворювало готування до відмови від давання показань чи висновку або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку. Перешкоджання особі у здійсненні її прав чи виконанні обов'язків шляхом надання чи пропозиції надання матеріальної винагороди визнавалося закінченим злочином, незалежно від реакції адресата підкупу. Отримання останнім матеріальної винагороди у всіх випадках злочином не визнавалось.

Слід зазначити, що у тексті КК України законодавець доволі часто не конкретизував характер дій, які визнавалися злочином. Це давало практиці підстави для більш широкого використання поняття підкупу, не обмежуючись згадкою про нього безпосередньо у законі. Так, наприклад, відповідно до п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду УРСР від 23 грудня 1983 р. «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність, яке полягає у діях дорослої особи, пов'язаних з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього прагнення взяти участь в одному чи декількох злочинах, може відбуватися і шляхом підкупу. На таке рішення орієнтує і законодавство інших країн, де згадка про цей спосіб втягнення міститься безпосередньо у тексті закону. Так, наприклад, відповідно до ст. 159 КК Литовської Республіки втягнення неповнолітнього у злочинне діяння може відбуватися і шляхом підкупу [21, с. 262].

Доволі складна конструкція ст. 208 КК УРСР породила численні дискусії з приводу кримінально-правової оцінки такого втягнення. Одні вчені вважали, що

втягнення є закінченим діянням з того моменту, коли у неповнолітнього виник умисел на вчинення злочину, тобто тоді, коли втягнення відбулося. На цій підставі робився висновок, що дії дорослої особи, яка бере участь у злочині разом з неповнолітнім, можуть, крім втягнення, додатково кваліфікуватися тільки як співвиконання чи організація цього злочину [20, с. 150]. Тобто, по суті втягнення розглядалося як спеціальний вид підбурювання. На думку інших учених, втягнення неповнолітніх у вчинення злочину є закінченим діянням з моменту виконання винним дій зі втягнення [22, с. 101].

Суспільну небезпеку втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (мова йде про можливе розмаїття злочинів, а не їх множинність у кожному конкретному випадку) законодавець пов'язує не з майбутнім злочином, а з самим фактом впливу на неповнолітнього, перешкоджанням у здійсненні їм свого права на нормальний морально-психологічний розвиток. Саме тому доросла особа несла відповідальність за ст. 208 КК УРСР 1960 р. і у тих випадках, коли неповнолітній суб'єктом злочину не визнавався. До того ж, втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність могло мати і неконкретизований характер, коли відбувалася психологічна обробка неповнолітнього, прищеплення йому злочинного способу життя, вербування до лав злочинного світу [22, с. 102]. Якщо ж неповнолітній, завдяки пропозиції або наданню матеріальної винагороди виявляв рішучість вчинити злочин, до якого схилив його дорослий, дії останнього кваліфікувалися як підбурювання до злочину і втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Поняття втягнення повністю відповідає характеристикам впливу-діяння і є закінченим злочином на стадії готування. Проте таке вирішення питання дещо ускладнює вітчизняне законодавче уявлення щодо пияцтва, жебрацтва та азартних ігор як систематичних дій. Тому у цих випадках не виключався замах на втягнення неповнолітнього у вчинення антигромадських дій у разі недоведеності їх систематичності (не менш трьох разів).

КК України 2001 р. не вносив принципових змін у законодавчі уявлення щодо підкупу як кримінально-правового поняття. Він, як і раніше, розглядався як спосіб схилення особи до вчинення злочину (ч. 4 ст. 27, ст. 386) або як спосіб перешкоджання у здійсненні особою своїх прав (ч. 1 ст. 157, ч. 1 ст. 160, ст. 304) чи

виконанні обов'язків (ст. 386). Проте найбільш суттєвою відмінністю цього КК від попередніх була та обставина, що він «узаконив» підкуп як окремий спосіб підбурювання до вчинення злочину. Причому, при визначенні підбурювання законодавець охопив цим поняттям майже усі згадані вище підходи. По-перше, поряд з умовлянням, підкупом, погрозою та іншими способами у ч. 4 ст. 27 згадується і про примус, а, по-друге, поняття підбурювання подекуди виокремлюється від підкупу та примушування і розглядається як самостійний спосіб вчинення злочину (ст. 369³). Останній крок є не зовсім зрозумілим, оскільки на відмінну від більшості зарубіжних країн КК України залишається на позиціях караності готування до злочину, крім готування до злочину невеликої тяжкості (ст. 14), а положення щодо відповідальності за замах на співучасть цей законодавчий акт теж не передбачає. Слід додати, що з позиції вітчизняної кримінально-правової доктрини та законодавства замах на підбурювання є об'єктивно неможливим. Відповідно до ч. 1 ст. 15 замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі. Тобто, замах може мати місце тільки тоді, коли розпочинаються дії (бездіяльність), які утворюють об'єктивну сторону того чи іншого злочину. Підбурювач таких дій не вчиняє, тому невдале підбурювання не може розглядатися як замах на злочин.

Відбиття у КК України способів підбурювання у сучасній літературі підтримується [23, с. 12], але при цьому звертається увага на необґрунтованість використання у законі термінів «примус» та «погроза» як явищ одного роду, оскільки як наука, так і практика виокремлюють два види примусу – фізичний і психічний, що і знайшло відображення у ст. 40 КК України. Тому термінологію, що використовується у ст. 40, пропонується поширити й на способи підбурювання, тим більше, що в зазначеному випадку питання про відповідальність особи, яку схилили до злочину, вирішується з використанням положень цієї норми [23, с. 14]. Така пропозиція заслуговує на підтримку, але у будь-якому випадку фізичне насильство,

внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками, не може розглядатися як спосіб підбурювання у зв'язку з відсутністю у цьому разі ознак співучасті, оскільки вона можлива тільки між суб'єктами злочину (ст. 26 КК України). Ґрунтуючись на тому, що поняття примусу охоплює собою і погрозу, всю сукупність способів підбурювання пропонується поділити на дві групи – примус і переконання та закріпити їх у дефініції поняття «підбурювач» [23, с. 15].

Таким чином, слід дійти висновку, що підкуп як спосіб підбурювання до вчинення злочину завжди пов'язаний з переконанням іншої особи у вигідності, корисності, необхідності такого кроку. Тобто він є засобом впливу на свідомість особи, наслідком якого є виникнення у його адресата за власною волею рішучості та бажання вчинити злочин, на відміну від примусу, де виникнення такого бажання є наслідком пригнічення волі особи, яку примушують (поза власною волею) до вчинення відповідного кримінально-караного діяння.

Суб'єктом діяння, яке вчиняється шляхом підкупу, згідно з первісною редакцією ст. ст. 157 та 160 КК України 2001 р. та чинною редакцією ч. 4 ст. 27 та ст. 386 теж визнавалися (визнаються) особи, які: а) шляхом надання матеріальної винагороди чи обіцянки її надати вчиняють передбачене КК діяння. Так, особи, які перешкоджають з'явленню свідка, потерпілого або експерта до відповідних органів, не схиляють їх до вчинення злочину, оскільки на відміну від, скажімо, КК УРСР 1927 р., ст. 87 якого передбачала відповідальність свідка та експерта за ухилення від з'явлення на виклик слідчого чи судового органу, чинний КК України такі дії злочином не визнає (вони розглядаються як кримінально-процесуальні (ст. 139 Кримінального процесуального кодексу України – далі КПК України) або, у разі злісного ухилення, як адміністративні правопорушення (ст. 185⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення – далі КУпАП). Тобто суб'єктом злочину у цьому випадку виступає виключно суб'єкт підкупу; б) за допомогою матеріальної винагороди чи обіцянки її надати намагалися схилити або схилили іншу особу до вчинення злочину. Причому, йдеться саме про схилення до злочину, а не до іншого правопорушення чи діяння, яке взагалі таким не визнається. У зв'язку з цим, викликає певні сумніви обґрунтованість криміналізації у межах ст. 386 КК України

схилення шляхом підкупу до відмови від давання показань потерпілим, оскільки на відміну від свідка або експерта, він не несе відповідальності за відмову давати показання (ч. 2 ст. 385 КК України). До речі, потерпілий не визнавався суб'єктом цього злочину і за попереднім КК України (ст. 179), тобто ще до появи відомого положення, передбаченого ч. 1 ст. 63 Конституції України, згідно з яким особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

У випадку схилення особи до вчинення злочину кримінальній відповідальності підлягає не тільки суб'єкт, а й адресат підкупу. Так, наприклад, завідомо неправдиве показання свідка, потерпілого, завідомо неправдивий висновок експерта, вчинені завдяки підкупу, утворюють кваліфікований склад введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, оскільки вчиняються з корисливих мотивів (ч. 2 ст. 384 КК України), а відмова свідка від давання показань або відмова експерта від виконання своїх обов'язків-склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 385 КК України. Проте, висловлювання наміру вчинити певні дії завдяки пропозиції певної винагороди або навіть отримання такої винагороди частково або повністю адресатом підкупу складу злочину не містить. Такі дії теоретично можуть розглядатися як готування до відмови або до давання неправдивих показань. Однак злочин, передбачений ч. 1 ст. 385 КК України, є злочином невеликої тяжкості, готування до якого не є караним (ч. 2 ст. 14), а готування до введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, вчинене з корисливих мотивів, хоча і є злочином середньої тяжкості, не тягне кримінальної відповідальності, якщо особа остаточно припинила за своєю волею готування до злочину або замах на нього (ст. 17, ст. 31 КК України). Особа, яка добровільно відмовилася до доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину. Однак сам факт отримання винагороди, наприклад, свідком чи потерпілим злочином не визнається. Тому отримання ними грошової винагороди за давання завідомо неправдивих показань, якщо вони не були надані, може розглядатися як цивільно-правовий делікт, що суперечить інтересам держави і суспільства із стягненням в дохід

держави всього одержаного за угодою (ч. 3 ст. 228 Цивільного кодексу України – далі ЦК України). Ці гроші не можуть бути предметом спеціальної конфіскації, оскільки хоча і призначалися для схилення особи до вчинення злочину, діяння, вчинене суб'єктом підкупу (ст. 386), не передбачає основного покарання у виді позбавлення волі або штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та не зазначено у переліку, передбаченому ч. 1 ст. 96¹ КК України.

З тих самих причин не підлягають спеціальній конфіскації і гроші чи інші матеріальні цінності, які були засобом невдалого підбурювання свідка, потерпілого чи експерта до вчинення відповідних дій (ч. 1 ст. 14 та ч. 1 ст. 384 або ч. 1 ст. 385), крім дій, передбачених ч. 2 ст. 384 КК України (введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, поєднане з обвинуваченням у тяжкому чи особливо тяжкому злочині, або зі штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту, а також вчинене з корисливих мотивів) [31, с. 179-180].

Суб'єктом підбурювання або перешкоджання (втягнення), які відбувалися шляхом підкупу, визнавалися фізичні, осудні особи, які досягли 16-річного (у випадку втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність – 18-річного) віку. Разом з тим, звертає на себе увагу та обставина, що у межах первісних редакцій ч. 2 ст. 157 та ч. 2 ст. 160 КК України суб'єктом підкупу визнавався також член виборчої комісії чи інша службова особа, які у такий спосіб перешкодили вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або права брати участь у референдумі, а пізніше (у редакції ст. 157 згідно із Законом від 23 лютого 2006 р.) і діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, ініціативної групи референдуму, комісії з референдуму, члена виборчої комісії, члена ініціативної групи референдуму, члена комісії з референдуму або офіційного спостерігача. Причому, члени виборчої комісії, у тому числі й дільничної, розглядалися в якості службової особи, про що свідчили як законодавче формулювання «член виборчої комісії чи інша службова особа», так і позиція Пленуму Верховного Суду України (далі – ПВСУ), відповідно до якої злочин, передбачений первісною редакцією ч. 2 ст. 157 КК України, являв собою спеціальний вид перевищення влади або службових повноважень (п. 17 постанови ПВСУ від 26 грудня 2003 р. «Про судову

практику у справах про перевищення влади або службових повноважень») [24, с. 269]. Враховуючи те, що адресатом підкупу відповідно до ч. 1 ст. 157 редакції 2006 р. визнавалися і члени виборчої комісії, які у свою чергу належали до службових осіб, у випадку надання їм певної винагороди мова йшла вже не про перешкоджання вільному здійсненню громадянином свого виборчого права або діяльності іншого суб'єкта виборчого процесу, а про схилення службової особи шляхом підкупу до перевищення влади або службових повноважень, яке виокремлювалося у самостійний склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 157 (редакції 2006 р.).

У науково-практичних коментарях, як правило, зазначалося, що перешкоджання здійсненню виборчого права або роботі виборчої комісії, вчинене шляхом підкупу відповідної службової особи, слід розцінювати як давання хабара і додатково кваліфікувати за ст. 369 КК [25, с. 142]. Така рекомендація була необґрунтованою, оскільки у цьому випадку вчинене суб'єктом діяння не містило ознак множинності. Підкуп зазначеної у ч. 1 ст. 157 (редакції 2006 р.) службової особи був виокремлений у самостійне діяння і повинен був розглядатися як окремий випадок давання хабара. Тобто, норма передбачена ч. 1 ст. 157, у цій частині виступала як спеціальна щодо норми, передбаченої ст. 369 КК, і саме їй слід було віддавати пріоритет при кваліфікації. Якщо підкуп члена виборчої комісії здійснювався іншим членом виборчої комісії, то дії останнього розглядалися як спеціальний вид перевищення влади або службових повноважень і кваліфікувалися за ч. 3 ст. 157 КК. Додаткова оцінка таких дій ще за ст. 369 КК теж була зайвою, оскільки законодавець розглядав ч. 3 ст. 157 у частині вчинення підкупу як спеціальну норму щодо ст. 369 КК. Дії адресата підкупу дійсно могли утворювати сукупність злочинів, оскільки сам факт отримання винагороди, незалежно від подальших дій службової особи (на відміну від свідка, потерпілого чи виборця) визнавався закінченим злочином (ст. 368 КК). Якщо ж, член виборчої комісії за отриману винагороду вчинив певні дії з перешкоджання (позбавив виборця можливості бути включеним до списку виборців, не допустив на виборчу діляницю офіційного спостерігача тощо) вони отримували додаткову оцінку за ч. 3 ст. 157. Чинна редакція ч. 1 ст. 160 КК України в якості адресата підкупу члена виборчої

комісії не передбачає. Тому їх підкуп повинен кваліфікуватися на загальних підставах.

Законодавець пов'язував наявність складу злочину, передбаченого ст. 369 КК, безпосередньо з фактом давання хабара. Тому він вважався закінченим з того моменту, коли службова особа прийняла хоча б частину хабара. У випадках, коли вона відмовилася прийняти запропоновані гроші, цінності, послуги, дії того, хто намагався дати хабар, кваліфікувалися як замах на його давання. Кваліфікація дій особи, яка лише запропонувала службовій особі хабар, як готування до давання хабара (ч. 1 ст. 14, ст. 369) у світлі викладеного теоретично була цілком можливою. Але це питання у літературі навіть не поставало, що пояснювалося як процесуальними складнощами доказування, так і тезою про те, що така поведінка знаходиться поза сферою кримінально-правового регулювання, хоча необхідність кваліфікації невдалого підбурювання у інших випадках сумніву майже не піддавалась.

Суб'єктом давання хабара могла також визнаватися і службова особа, яка дала підлеглому вказівку домагатися певних благ, пільг чи переваг шляхом підкупу інших службових осіб. Якщо вона лише рекомендувала підлеглому домагатися благ, пільг чи переваг у такий спосіб її дії кваліфікувалися як підбурювання до давання хабара.

Незважаючи на те, що у судовій практиці давання хабара подекуди ототожнювалося з підкупом (фактично у всіх постановках ПВСУ про судову практику у справах по хабарництву, включаючи і чинну постанову від 26 квітня 2002 р.) [24, с. 238] ні кримінальні кодекси УРСР 1922, 1927 чи 1960 років (ч. 4 ст. 144, ст. 106, ст. 169 відповідно), ні первісна чи діюча редакція ст. 369 КК України 2001 р. цього терміну не вживає. Такий стан речей, вірогідно, пов'язаний з тим, що у вітчизняній кримінально-правовій теорії одержання хабара традиційно позиціонується як доволі широке поняття, яке охоплює собою як хабар-підкуп (коли йому передувала домовленість між хабародавцем і хабарником про вчинення або утримання від дій по службі), так і хабар-винагороду (коли предмет хабара передається посадовій особі після вчинення нею відповідних дій в інтересах

хабародавця, якщо така незаконна винагорода не була обумовлена попередньою домовленістю) [26, с. 93; 27, с. 241]. Такий підхід поділяється і законодавцем деяких зарубіжних країн. Так, наприклад, кримінальне законодавство Італії диференціює відповідальність посадової особи за отримання винагороди залежно від того, коли вона отримується: більш жорстко карається винагорода-підкуп, менш жорстко – винагорода за вже вчинене діяння [28, с. 12].

У кримінально-правовій літературі спроби довести необґрунтованість такої позиції все ж таки здійснювалися. Так, В.С. Лукомський зазначав, що надання посадовій особі без попередньої домовленості будь-яких матеріальних благ у вигляді вдячності не є хабаром [29, с. 23]. Цієї ж позиції дотримувався і А.А. Аслаханов, який вважав, що одержання посадовою особою майнової вигоди після вчинення дій по службі на користь особи, яка її надала, якщо використання посадового становища не було обумовлене хабаром, навряд чи можна розглядати як хабарництво, оскільки це не відповідає суті одержання хабара, яка полягає у підкупі посадової особи. Підкуп (у власному розумінні цього слова) посадової особи за таких умов відсутній [30, с. 86]. Проте ідею щодо обмеження давання-отримання хабара виключно діями, які полягають у підкупі ні наука, ні судова практика, ні законодавець так і не сприйняли. У чинних редакціях ст. ст. 369 та 368 термін «підкуп» теж не фігурує, що свідчить про незмінність уявлень законодавця щодо змісту дій з надання-отримання неправомірної вигоди службовій особі, що може накладати свій відбиток на вирішення зазначеного питання у суміжних складах злочинів.

Як у російській, так і в українській мові слово «підкупити» означає дати гроші, подарунки, інші матеріальні блага з метою привернути на свій бік, викликати прихильне ставлення до себе [32, с. 956]. Саме в цій етимологічній площині термін «підкуп» і використовувався у вітчизняному кримінальному законодавстві. Тому він і не вживався ані у ст. 155² (одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням населення), ані у ст. 191² (одержання незаконної винагороди працівником державної установи чи організації), де, до того ж, не були криміналізовані дії з надання такої винагороди, ані у ст. 168

КК УРСР 1960 р. I, навпаки, етимологічне значення цього терміну дозволяло судовій практиці розглядати його в якості способу вчинення і тих злочинів, у диспозиції норм про які він навіть не згадувався, наприклад, злочинів, передбачених ст. ст. 315, 323, 324 КК України.

Схиляння неповнолітнього шляхом підкупу до вживання одурманюючих засобів, застосування допінгу, схиляння особи до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів не є підбурюванням до злочину, оскільки такі діяння з позицій чинного КК України злочинами не визнаються (тому немає і співучасті). Це накладає свій відбиток і на їх кримінально-правову оцінку. Схиляння визнається закінченим злочином з початку здійснення дій, спрямованих на те, щоб збудити в іншій особі бажання вжити зазначені вище засоби. Тому відповідальність за такі злочини настає незалежно від наслідків схиляння, навіть тоді, коли особа відмовилася їх вживати (п. 13 постанови ПВСУ від 27 лютого 2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» та п. 14 постанови ПВСУ від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів») [24, с. 276, 230]. Інакше кажучи, готування до цих злочинів, як і замах на них є неможливим, що цілком відповідає наведеним вище характеристикам впливудіяння.

З цього випливає, що вживання терміну «підкуп» у КК України 2001 р. спочатку теж цілком відповідало його етимологічному змісту та було виправданим. Однак у словниках іншомовних слів латинське слово «corruptio» тлумачилося не тільки як підкуп, а й як продажність посадових осіб чи політичних діячів. Таке ж розуміння пропонувалося і в енциклопедичних словниках. Враховуючи цю обставину, західний законодавець термін «підкуп» розглядає як більш широке поняття, яке охоплює як надання, так і одержання певної вигоди (наприклад, розділ XIX другої Книги, ст. 281 КК Швейцарії), або ототожнюючи його з корупцією (наприклад, глава IV розділу IV або відділ III bis глави II розділу IX книги другої КК Бельгії), хоча подекуди поняття підкупу обмежується даванням хабара (наприклад, §

334 КК ФРН). Ця ситуація суттєво загострює проблему розмежування різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу, оскільки згідно з вітчизняними традиціями дії адресата впливу при підбурюванні чи перешкодженні, пов'язані з прийняттям відповідної пропозиції, злочином не визнавалися (не визнаються). Таке розмежування дозволить уникнути численних спроб уніфікації цього поняття, намагання використовувати ознаки корупційного підкупу при характеристиці підбурювання чи схилення до дій, які не є злочинними, що дуже розповсюджені у сучасній українській кримінально-правовій літературі.

Таким чином, впритул до кардинальних змін вітчизняного кримінального законодавства, пов'язаних з новим поглядом на поняття підкупу, які почали відбуватися з 2011 р., це поняття у чинному КК використовувалося як спосіб схилення особи до вчинення злочину або як спосіб перешкодження (втягнення) їй у здійсненні своїх прав чи виконанні обов'язків. У першому випадку мова йшла про підбурювання до злочину, а у другому – про схилення (саме про схилення, а не про схилення йде мова у ст. 315, ст. 324 КК) до дій, які з позиції КК України злочином не визнаються (нез'явлення до суду, вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, вживання одурманюючих засобів тощо).

В якості самостійного злочину підкуп вітчизняним законодавцем не розглядався, хоча в теорії хабар-підкуп традиційно виокремлювався.

Оскільки трансформація поняття підкупу у національному кримінальному законодавстві, насамперед, обумовлена посиленням боротьби з корупцією, доцільним видається аналіз питання щодо співвідношення цих понять.

1.2. Співвідношення підкупу та корупції: теоретичні підходи та законодавче вирішення

Як зазначалося вище, термін «coruptio» переважно тлумачиться як підкуп хабарами, продажність посадових осіб, політичних діячів [33, с. 299]. У зв'язку з цим у кримінально-правовій літературі під корупцією найчастіше пропонувалося розуміти підкуп і продажність службових (посадових) осіб, що ідентифікуються кримінально-правовим поняттям «хабарництво» [34, с. 62].

Однак у деяких енциклопедичних виданнях поняття корупції набуває більш широкого змісту. Воно позиціонується як процес, пов'язаний з використанням посадовою особою прав (повноважень), наданих їй за посадою, з метою особистого збагачення, включаючи підкуп чиновників і громадсько-політичних діячів, одержання хабарів і таке інше [35, с. 642], а також форми зловживання владою, пов'язані з підкупом посадових осіб [36, с. 308] та протекціонізм – висування працівників за ознаками родичання, земляцтва, особистої відданості і приятельських стосунків [37, с. 136]. Тому в теорії кримінального права існували і дещо інші погляди на це явище. Так, наприклад, В.С. Комісаров підкреслював, що підкуп (одержання хабара) справді був першою формою прояву корупції. Але вона має місце і у тих випадках, коли посадові особи діють з інших вузькоegoїстичних мотивів (влаштування долі некомпетентних родичів, кумівство, прагнення догодити вищестоящому начальникові і т. ін.) [38, с. 28]. Цю позицію поділяє і К.С. Бельський, який зазначає, що корупція – це система дій державного службовця, яка здійснюється завдяки перекрученому використанню владних повноважень, у тому числі, наприклад, шляхом надання протекції родичам чи своякам [39, с. 27]. За такого підходу сутність корупції вбачалася у зловживанні владою чи службовим становищем, яке вчинялося як з корисливих, так й інших особистих мотивів. При цьому хабарництво розглядалося хоча і як найбільш небезпечний, але не єдиний прояв корупції. Інколи стверджувалося (вірогідно орієнтуючись на Конвенцію ООН по боротьбі з корупцією 2003 р.), що підкуп-продажність слід розглядати як більш широке поняття, аніж давання-одержання хабара, оскільки він можливий і тоді, коли предмет винагороди не буде зводитись лише до матеріального характеру [34, с. 67-68].

Разом з цим, не можна не звернути увагу на те, що походження терміну «корупція» іноді пояснювалося й інакше. На думку деяких дослідників, цей термін походить від словосполучення латинських слів «correi» (кількість учасників зобов'язальних відносин з приводу одного предмета) і «rumpere» (ламати, пошкоджувати, порушувати, скасовувати). У підсумку корупцію почали позиціонувати як участь декількох осіб у гальмуванні нормального ходу судового

процесу або процесу управління справами суспільства, акцентуючи увагу на таких її ознаках, як використання службового становища, статусу і авторитету посади в групових інтересах, і, насамперед, на постійних зв'язках посадових осіб з організованою злочинністю. З цих позицій корупція не розглядалася як самостійне явище, а зводилася до структурного елементу організованої злочинної діяльності [44, с. 121], який полягає у систематично вчинюваному організованому хабарництві. Так, наприклад, О.В. Терещук вбачав сутність корупції у стійкому зв'язку представників владно-управлінських структур із злочинним середовищем і сприянні йому у проведенні протиправної діяльності за рахунок використання наданих державою повноважень [45, с. 9].

Слід зазначити, що сучасне кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн визначає поняття корупції саме у цьому аспекті. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 319 КК Киргизької Республіки 2016 р. корупція – це умисне діяння, яке полягає у створенні протиправного стійкого зв'язку однієї чи декількох посадових осіб з окремими особами чи угрупованнями, з метою незаконного отримання матеріальних чи будь-яких інших благ та переваг, а також надання ними цих благ та переваг фізичним і юридичним особам, що створює загрозу інтересам суспільства або держави [48].

У деяких словниках слово «corruption» перекладається з латинської і як псування або розкладання [39, с. 24]. У латинсько-російському словнику термін «corruption» позиціонується як такий, що має одразу декілька значень: 1) зведення, підкуп; 2) псування, занепад; 3) спотворюваність, перекрученість; 4) розлад, розхитаність, поганий стан. Таке порозуміння корупції дало змогу багатьом фахівцям зробити висновок про те, що вона є не правовим, а кримінологічним поняттям [46, с. 71]. Її почали визначати як «хворобу державного чиновницького апарату» (А.А. Аслаханов), «дискредитацію держапарату» (В.С. Комісаров), «соціальну патологію» (В.Д. Лаптеакру), «корозію влади» (М.І. Мельник) тощо. Так, на думку Б.В. Волженкіна, корупція – це соціальне явище, яке полягає в розкладанні влади, коли державні (муніципальні) службовці та інші особи, уповноважені на виконання державних функцій, використовують своє службове становище, статус і

авторитет займаної посади в корисливих цілях для особистого збагачення або в групових інтересах [47, с. 8].

Підхід, згідно з яким поняття корупції позбавлялося свого правового статусу і розглядалося виключно як соціальне явище або як соціолого-кримінологічна категорія, піддавався критиці у літературі. Зокрема, М.І. Мельник наполягав на тому, що корупція має розглядатися і як правова категорія. У правовому відношенні вона становить сукупність різних за характером та ступенем суспільної небезпеки, але єдиних за своєю сутністю корупційних діянь, а також порушень етики поведінки посадових (службових) осіб, пов'язаних із вчиненням цих діянь [34, с. 86-87].

Отже, так або інакше, у вітчизняній науці кримінального права підкуп та корупція не розглядалися як тотожні поняття, оскільки друге було більш широким за змістом і охоплювало собою й інші види службових зловживань, причому як кримінально-правового, так і не злочинного характеру. Разом з тим не можна не помітити тієї обставини, що поняття корупції почало накладати зворотній відбиток на поняття підкупу. Він вже не ототожнювався з хабарництвом, оскільки його предмет не зводився виключно до вигід матеріального характеру. Таким чином, починав виокремлюватися такий різновид підкупу, як корупційний підкуп, специфічними ознаками якого виступали його адресат, форми об'єктивної сторони та засоби вчинення.

У теорії права питання щодо нормативного статусу такого поняття, як корупція вирішувалося неоднозначно. Одні вважали, що надати чітке, загальноприйнятне визначення корупції взагалі неможливо [40, с. 7]. На думку інших, це поняття повинно набути легального характеру, причому позиціонуватися виключно як кримінально каране діяння [41, с. 116-118; 42, с. 195]. А треті, хоча й наполягали на законодавчій легалізації поняття корупції [34, с. 60], заперечували можливість зведення цього явища до якогось одного діяння і тим більше його криміналізації [34, с. 364].

Саме цим шляхом і пішов вітчизняний законодавець, визначаючи поняття корупції не кримінальним, а спеціальним законом. У Законі України від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією» корупція визначалася як діяльність осіб,

уповноважених на виконання функцій держави, спрямована на протиправне використання наданих їм повноважень для одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг. Звертає на себе увагу та обставина, що відповідно до Закону від 5 жовтня 1995 р. корупція ототожнювалася з продажністю посадових осіб, не охоплюючи собою підкуп як спосіб схилення зазначених суб'єктів до протиправного використання наданих їм службових повноважень. Слід також підкреслити, що запропоноване цим Законом поняття корупції дещо відрізнялося від аналогічного поняття, яке містилося у Кодексі поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятому Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1979 р., де корупція трактувалася як вчинення певних дій при виконанні обов'язків або у зв'язку з цими обов'язками в результаті прийнятих подарунків, обіцянок чи стимулів, чи їх незаконне одержання кожного разу, коли має місце така дія або бездіяльність [49, с. 23]. Тобто, на відміну від вітчизняного Закону, який при визначенні корупції акцентував увагу, перш за все, на протиправному використанні наданих повноважень з метою одержання матеріальних благ, послуг, пільг чи інших переваг, згаданий Кодекс виходив з того, що корупція – це вчинення певних дій завдяки отриманим подарункам, обіцянкам чи стимулам. Однак, так або інакше, нормативне визначення корупції обмежувало її протиправним використанням службових повноважень для одержання певної вигоди і не охоплювало собою службові зловживання, які не переслідували такої мети.

Ідея щодо необхідності законодавчого визначення поняття «корупція» у цілому є прийнятною, оскільки тільки базуючись на ньому й можна побудувати достатньо ефективну систему протидії розповсюдженню цього явища, формуванню корупційних мереж та корупційних схем [50, с. 267], інфраструктури підкупу, як сукупності «кадрових», матеріальних і нематеріальних ресурсів, організаційних форм і засобів, які обслуговують незаконну купівлю-продаж послуг службових осіб, забезпечують функціональність і сприяють інституалізації підкупу [51, с. 193], формуванню колективної корупційної психології [52, с. 94]. Інакше кажучи, такий крок є цілком обґрунтованим з кримінологічної точки зору і знаходиться у руслі більш загальної ідеї – ідеї створення спеціального законодавства щодо профілактики

злочинності. Такі визначення корупції, як «розкладання влади», «хвороба держaparату» чи «соціальна патологія», перш за все, акцентують увагу на розповсюдженості зловживання повноваженнями, підкреслюють високу ступінь ураженості цим явищем сфери публічного управління.

Однак для кримінального законодавства визначення корупції як протиправного використання службових повноважень з корисливих мотивів чи навіть в інших особистих інтересах нічого принципово нового в собі не містило. Це все одно, що реалізувати ідею закріплення у кримінальному законодавстві таких понять, як «транспортна злочинність», «митна або податкова злочинність», «жіноча злочинність чи злочинність неповнолітніх».

Не випадково в кримінально-правовій науці здійснювалися численні спроби визначити суто матеріальні ознаки корупції. У підсумку це поняття або ототожнювалося з хабарництвом, або розглядалося як систематично вчинюване організоване хабарництво (П.М. Панченко) чи як ознака організованої групи (О.І. Гуров), хоча зрозуміло, що ці проблеми цілком спроможними були вирішити добре відомі інститути Загальної частини КК України – множинності та співучасті. Саме у цьому аспекті законодавець і відреагував на подібні уявлення щодо сутності корупції, встановивши у ч. 5 ст. 369 (у редакції Закону України від 7 квітня 2011 р.) таку кваліфікуючу ознаку давання хабара, як його давання організованою групою осіб чи її учасником.

Згодом, підхід до розуміння корупції починає змінюватися, коли визнається, що продажність представника влади може мати і нематеріальний характер. На відмінну від хабара, предмет якого завжди є матеріальним, предмет корупції є більш широким і включає нематеріальні активи, які разом з активами матеріальними створюють нове поняття – неправомірна вигода. Крім цього, звертається увага на те, що на відміну від хабарництва, яке полягає у дачі-одержанні хабара, корупція крім цього може бути виражена у таких діях, як пропозиція, обіцянка, прийняття пропозиції, обіцянки, а також прохання надати неправомірну вигоду. Нові погляди на сутність корупції були насамперед пов'язані з ратифікацією Україною низки міжнародних конвенцій, спрямованих на боротьбу з корупцією, зокрема, Конвенції

ООН проти корупції 2003 р. [53], Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 р. [55], Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 р. Саме у цих актах і знайшли відображення зазначені новели. Так, наприклад, згідно зі ст. 2 Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією «корупція» означає прямі чи опосередковані вимагання, пропонування, дачу або одержання хабара чи будь-якої іншої неправомірної вигоди або можливості її отримання, які порушують належне виконання будь-якого обов'язку особою, що отримує хабара, неправомірну вигоду чи можливість мати таку вигоду, або поведінку такої особи [59, с. 216].

Враховуючи положення зазначених міжнародно-правових актів, у Законі України від 7 квітня 2011 р. корупція визначалася вже як використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка, пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей [54]. Однак та обставина, що корупція почала розглядатися як більш широке поняття, що включає й надання нематеріальних активів та може полягати у пропозиції чи обіцянці неправомірної вигоди, суті питання не змінювала. З кримінально-правової точки зору це означало тільки одне – розширення предмету хабарництва (до речі це пропонувалося зробити у вітчизняній доктрині та законодавстві ще у двадцяті роки минулого століття за рахунок, наприклад, включення до предмету хабара послуг сексуального характеру) та форм об'єктивної сторони складу цього злочину. Не випадково, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією широко вживає і термін «хабар», і термін «хабарництво» (глава II), розуміючи під даванням хабара умисне обіцяння, пропонування чи надання будь-якої неправомірної переваги (ст. 2), а під його одержанням – умисне вчинення вимагання чи одержання будь-якою посадовою особою неправомірної переваги, або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги (ст. 3) [55]. У цьому аспекті цілком слушною є думка В.Я. Тація, який зазначає, що «такі новації, як результат механічного перенесення правових

принципів із міжнародних нормативних актів у національне законодавство, породжують низку складнощів теоретичного та практичного характеру, пов'язаних із кваліфікацією діянь, сутність яких не змінилася, але відображена у чинному КК України не зовсім у зрозумілій словесній формі» [56, с. 336].

Запропоноване законодавцем у ст. 1 Закону України від 7 квітня 2011 р. «Про засади запобігання і протидії корупції» визначення корупції не зовсім погоджувалося з конвенціональними положеннями щодо сутності цього явища (п. «б» ст. 15, ч. 2 ст. 16, п. «б» ст. 18, п. «б» ст. 21 Конвенції ООН проти корупції, ст. 3 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією), оскільки фактично не охоплювало прийняття (одержання) неправомірної вигоди. Однак, не зважаючи на цю ваду, ставало зрозумілим, що законодавець намагається охопити поняттям корупції не тільки продажність відповідних осіб, а й власне їх підкуп, а також інші види службових зловживань, які вчиняються з метою одержання неправомірної вигоди. Тому криміналізація, яка відбулася згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р., пішла двома шляхами: з одного боку, законодавець передбачив відповідальність за зловживання повноваженнями з метою одержання неправомірної вигоди (ст. 364¹, ст. 365²), а з іншого – за комерційний підкуп та підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368³, ст. 368⁴). З пропозицією, наданням або одержанням неправомірної вигоди – пов'язувалася відповідальність і за зловживання впливом (ст. 369² у редакції Закону від 7 квітня 2011 р.). Такий підхід у підсумку призвів і до реформування ст. 364 КК (згідно із Законом України від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції»), де відповідальність за зловживання владою або службовим становищем теж почала пов'язуватися з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для себе чи іншої фізичної або юридичної особи.

Згадана Конвенція чітко диференціює відповідальність за підкуп державної посадової особи, який полягає в обіцянці, пропозиції або наданні неправомірної переваги з метою вчинення (не вчинення) цієї особою певних дій під час виконання

своїх службових обов'язків (ст. 15) та зловживання службовим становищем, яке пов'язується з умисним зловживанням службовими повноваженнями, тобто здійснення будь-якої дії чи утримання від неї, що є порушенням законодавства, державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи (ст. 19). При цьому відповідальність за зловживання службовим становищем не пов'язується із заподіянням якої-небудь шкоди. Тому запровадження у національне законодавство конструкції «підкуп – зловживання службовими повноваженнями», за логікою речей, повинно було означати, що одержання неправомірної вигоди за дії, які не були взаємообумовлені, більше не охоплювалося складами злочинів, передбачених ст. 368, ст. 369, як і ст. 368³ та ст. 368⁴. Інакше кажучи, хабар-винагорода за вчинення в інтересах хабародавця дій, які не були ним обумовлені, слід було б розглядати як зловживання владою або службовим становищем (ст. 364) чи зловживання повноваженнями (ст. 364¹, ст. 365²). Але як вже зазначалося, цього так і не відбулося. Всупереч Конвенції, вітчизняний законодавець термін «підкуп» у ст. 368, ст. 369 не вживає, що фактично дає змогу вважати, що заздалегідь не обумовлена неправомірна вигода, як і раніше, охоплюється цими складами. До того ж, відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, як і відповідальність за зловживання повноваженнями, на відміну від ст. 10 Конвенції ООН проти корупції, продовжує пов'язуватись із заподіянням істотної шкоди (шкоди, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян). У підсумку, у переважній більшості сучасних джерел зазначається, що ст. 368³ та ст. 368⁴ слід застосовувати і у тих випадках, коли одержання неправомірної вигоди не було заздалегідь обумовлено [25, с. 828], хоча у цих статтях мова йде лише про підкуп.

У чинному Законі України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» недоліки попереднього Закону були усунуті, хоча запропонований ним концептуальний підхід до визначення корупції зберігається. Згідно з цим законодавчим актом корупція – це використання особою наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної

вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей [57]. Поняття неправомірної вигоди згодом почало тлумачитися доволі широко (згідно із Законом України від 12 лютого 2015 р. це поняття стало охоплювати поряд з грошовими коштами чи іншим майном, перевагами, пільгами, послугами, нематеріальними активами й інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру), включаючи й протегування [18, с. 825], що в цілому відповідало національним доктринальним уявленням щодо сутності корупції.

Як вже зазначалося вище, таке розуміння корупції не може не накладати свій відбиток на кримінально-правові уявлення щодо підкупу. Тому, всупереч етимологічному значенню терміну «підкупити», законодавець визнав суб'єктом підкупу і його адресата (до змін КК, які відбулися згідно Закону від 7 квітня 2011 р., адресат підкупу міг визнаватися суб'єктом одержання матеріальної винагороди або суб'єктом іншого злочину, але, у будь-якому разі, не суб'єктом підкупу).

Поряд з питанням щодо надання поняттю корупції нормативного статусу, у кримінально-правовій теорії дискутувалося й питання щодо доцільності виокремлення у КК такої категорії, як корупційні злочини. Здебільшого, виокремлення такого виду злочинів визнавалося доцільним з точки зору особливої правової сутності, спільності ознак злочинних діянь, які охоплюються поняттям корупції [58, с. 97]. Деякі автори пропонували навіть доповнити КК України ст. 11¹ (поняття корупційного злочину), частина перша якої містила б визначення цього злочину, а частина друга цієї статті містила б перелік злочинів, які належать до корупційних [58, с. 99]. Проте, врешті решт, консенсус був досягнутий лише щодо необхідності створення у КК певного переліку корупційних злочинів.

До прибічників цієї ідеї приєднався й законодавець. Засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки, затверджені Законом України від 14 жовтня 2014 р., серед основних заходів

кримінально-правового характеру називали необхідність визначення поняття та переліку корупційних злочинів.

У науці кримінального права були запропоновані різні за обсягом підходи до вирішення цього питання, які ґрунтувалися на тому чи іншому авторському баченні сутності корупції: якщо вона пов'язувалася з будь-яким зловживанням службовим становищем, вчиненим з корисливих мотивів та іншої особистої заінтересованості, – пропонувалося доволі широке коло таких діянь [34, с. 132-135]; якщо ж корупція обмежувалася відносинами з надання – отримання неправомірної вигоди – коло корупційних злочинів звужувалося до злочинів у сфері службової діяльності [59, с. 20-23]. Що ж стосується діянь, пов'язаних з корупцією, то в якості критерія їх виокремлення, як правило, пропонувалася наявність органічного зв'язку цих діянь з суто корупційними злочинами [59, с. 26].

Однак у будь-якому випадку законодавче вирішення цього питання виявилось доволі суперечливим. Законом України від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» ст. 45 КК була доповнена приміткою такого змісту: «Корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу вважаються злочини, передбачені частиною другою статті 191, частиною другою статті 262, частиною другою статті 308, частиною другою статті 312, частиною другою статті 313, частиною другою статті 320, частиною першою статті 357, частиною другою статті 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями 354, 364, 364¹, 365², 368-370 цього Кодексу» [60].

Дефініції поняття «корупційні злочини» тут не передбачалося. Тому, не зовсім зрозуміло, з чого саме виходив законодавець при визначенні кола цих діянь. Так, наприклад, корупційним злочином вважалося зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК) і не згадувалося про спеціальні склади зловживання, зокрема, постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови, яке вчинене з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах (ч. 2 ст. 375 КК), та завідомо незаконне затримання або незаконний привід, вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах (ч. 3 ст. 371 КК). Якщо навіть припустити, що це не зроблено у зв'язку зі зміною

диспозиції ч. 1 ст. 364 КК згідно із Законом від 21 лютого 2014 р., яка пов'язує зловживання виключно з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди (наявність мети одержання неправомірної вигоди звужує сферу застосування ст. 364 КК, оскільки за її межами залишається така мотивація зловживання владою або службовим становищем, як особиста неприязнь, помста, кар'єризм, заздрість, пихатість, бажання приховати недоліки в роботі, уникнути відповідальності тощо), то все одно діяння, передбачені ч. 2 ст. 375 та ч. 3 ст. 371, які вчинені з корисливих мотивів, повинні визнаватися корупційними злочинами, оскільки судді, прокурори та слідчі є суб'єктами, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції». Що ж стосується заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, то і в кримінально-правовій літературі, і в судовій практиці домінуючою є позиція, згідно з якою корупційний характер цього діяння повинен визначатися зв'язком не з будь-яким фактом одержання неправомірної вигоди, а з одержанням для себе чи інших осіб неправомірної вигоди, яку надає інша особа [59, с. 27]. Але якщо й можна (у деяких випадках) встановити певний корупційний зв'язок між заволодінням чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, яке вчиняється суб'єктом на користь третьої особи за неправомірну вигоду (ч. 2 ст. 191 КК), то сконструювати такий зв'язок у межах ч. 2 ст. 320 КК, коли суб'єкт за неправомірну вигоду зобов'язується порушити встановлені правила обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, що може у підсумку призвести до їх заволодіння шляхом зловживання іншою службовою особою своїм службовим становищем, неможливо навіть теоретично.

Викликало певні сумніви і віднесення законодавцем до кола корупційних злочинів провокації підкупу (ст. 370 КК), тобто умисного створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду.

По-перше, в диспозиції цієї статті не йшлося про те, що створення службовою особою певних обставин і умов повинно бути вмотивоване пропозицією, обіцянкою або одержанням неправомірної вигоди. Тобто кримінальна відповідальність за провокацію підкупу ніяк не пов'язувалася з підкупом самої службової особи; по-друге, якщо ж припустити, що службова особа провокувала підкуп за неправомірну вигоду, вчинюване утворювало інший склад злочину – зловживання владою або службовим становищем, відповідальність за який законодавець зв'язав виключно з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди.

Таким чином, запропонований перелік корупційних злочинів навряд чи можна було вважати вдалим, особливо з позицій вітчизняних наукових розробок з цієї проблеми. Проте законодавець, змінюючи примітку до ст. 45 КК Законом від 12 лютого 2015 р., вніс лише незначні уточнення у впроваджений ними раніше підхід, а згодом (Законом України від 2 жовтня 2019 р.) до кола корупційних злочинів було віднесено і декларування недостовірної інформації (ст. 366¹). Згідно з чинною редакцією ст. 45 корупційними злочинами вважаються злочини, передбачені ст. ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені ст. ст. 210, 354, 364, 364¹, 365², 366¹, 368-369² КК України.

Однак справа навіть не в цьому. Виникає інше питання – яке кримінально-правове навантаження містить у собі новий термін «корупційні злочини»? З цього приводу В.М. Киричко зазначав, що у даному випадку мова йде не про корупційне правопорушення як вид злочинів, а про особливий законодавчий феномен – визначення, яке стосується різних галузей законодавства і до якого входять ознаки, за якими із злочинних діянь, передбачених КК, виокремлюється коло злочинних корупційних діянь. Юридичне значення такого законодавчого рішення полягає в тому, що з наявністю цих загальних ознак корупційного правопорушення та притягненням особи до певного виду юридичної відповідальності пов'язуються правові наслідки, передбачені антикорупційним Законом: звільнення винної особи з посади, внесення відомостей до єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, тощо. У підсумку автор підкреслював, що

правоохоронні органи повинні одночасно встановлювати дві різні сукупності ознак у вчиненому особою умисному суспільно-небезпечному діянні, з кожною з яких пов'язані свої правові наслідки: а) склад злочину, передбачений КК, як підставу кримінальної відповідальності і б) склад корупційного правопорушення, передбачений Законом від 7 квітня 2011 р. [59, с. 27-28].

Не складно помітити, що з точки хору вченого поняття «корупційні злочини» не мало самостійного кримінально-правового значення (ані з позиції підстав кримінальної відповідальності, ані з позиції кримінально-правових наслідків вчиненого діяння) і виконувало суто інструментальну функцію, яка забезпечувала застосування положень Закону «Про засади запобігання та протидії корупції». Однак у літературі підкреслювалося, що поняття «корупційні злочини» має право на існування тільки у тому випадку, якщо воно буде мати кримінально-правові наслідки. Так, на думку П.П. Андрушка, введення поняття «корупційні злочини» буде доцільним лише за умови, якщо вчинення такого злочину буде визнаватися обставиною, що обтяжує покарання чи будь-яким іншим чином впливати на індивідуалізацію кримінальної відповідальності особи, яка його вчинила, чи на індивідуалізацію покарання винної особи» [58, с. 99].

Поява примітки до ст. 45 КК свідчить про те, що законодавець приєднався саме до цієї позиції, оскільки вчинення корупційного за статусом злочину тепер почало впливати на його кримінально-правові наслідки і обумовлювати неможливість застосування інститутів звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування (ст. ст. 45, 46, 47, 75 та ін.). Інакше кажучи, законодавець, таким чином, виокремив додаткову ознаку злочину – корупційність, якою обґрунтовується необхідність погіршення становища особи, що вчинила злочин, зазначений у переліку до ст. 45 КК. Таке вирішення питання викликає певні заперечення, на що автором увага вже зверталася [61, с. 127]. Як зазначає І.І. Чугуніков, по-перше, виокремлення такої ознаки злочину, як корупційність, не тільки суперечить ч. 1 ст. 11 КК, де міститься визначення злочину, та принципам побудови Особливої частини, яка відповідного розділу не передбачає, а й створює певні умови для штучного посилення кримінально-правових заходів без належного

кримінально-правового обґрунтування; по-друге, запропоновані обмеження у застосуванні певних видів звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування певною мірою суперечать як Конституції України, яка життя людини, її права та свободи проголошує найвищою соціальною цінністю, так і завданням кримінального законодавства, головне серед яких – правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина (ч. 1 ст. 1 КК). За логікою законодавця «корупційні злочини» є найбільш небезпечними, тому що ніяких обмежень у застосування ст. ст. 45, 46, 47, 75 та ін. при вчиненні злочинів проти прав та свобод особи закон не містить [62, с. 223]. Враховуючи це та з метою зняття законодавчого навантаження з проблем корупції деякі автори пропонують взагалі скасувати примітку до ст. 45 КК [63, с. 250].

Однак у теорії кримінального права запропоноване законодавче рішення знаходить і підтримку. Так, наприклад, Д.Г. Михайленко зазначає, що законодавець запроваджує особливий кримінально-правовий режим протидії корупційним злочинам, відмова від якого означала б повернення до малоефективної моделі, яка за роки свого існування довела свою неспроможність. Наявність у кримінальному законі ознаки корупційності в низці злочинних діянь ніяким чином не суперечить поняттю злочину, оскільки має іншу функцію, ніж ознаки, які закріплені в ч. 1 ст. 11 КК, а саме за відсутності окремого розділу в Особливій частині КК України виділити наскрізну, об'єктивно існуючу групу злочинів – корупційні злочини, оскільки вони мають, зокрема, значні особливості в частині приведення кримінального закону в дію щодо них і потребують виокремлення саме у зв'язку із цим, що є одним із можливих підходів до вирішення цієї проблеми [64, с. 95-96].

Не викликає сумнівів, що саме ознака корупційності певних діянь і слугує підставою для посилення кримінально-правових засобів. Сумніви викликає інша обставина, а саме – кримінально-правове обґрунтування такого кроку. Тяжкість покарання у кримінальному праві залежить, насамперед, від ступеня тяжкості злочину. Складовими останньої є значимість об'єкта посягання (сфера публічного чи приватного управління далеко не найбільш значущий об'єкт), неможливість його поновлення (на відміну, скажімо, від життя при заподіянні смерті, цей об'єкт легко

поновлюється шляхом вилучення винуватця з кола відповідних суспільних відносин), насильницький спосіб вчинення злочину (корупційним діянням він не притаманний), незворотній характер наслідків, що настали (наслідки вчинення корупційних злочинів, при нормальній роботі правоохоронних структур, є цілком зворотними). Звідси виходить, що корупційність не може розглядатися як особлива підстава для кримінально-правового обґрунтування посилення реакції з боку держави на такі злочини.

Впроваджений законодавцем підхід неминуче призведе до перенасиченості суспільства кримінальною репресією, особливо враховуючи те, що поняттям «корупційні злочини» охоплюється не тільки публічна, а й приватно-правова сфера, хоча навряд чи він здатний суттєво покращити показники корупції.

У сучасних умовах як на побутовому, так і на професійному рівні причини невдалої національної антикорупційної політики пов'язують з безкарністю та недієвим правосуддям, які, ймовірно, і покликаний повикорінювати Вищий антикорупційний суд [65]. Проте не слід забувати, що й основну причину кризи сучасного кримінального права здебільшого вбачають саме у великій кількості обвинувальних вироків, які, поглинаючи соціальні ресурси і негативно впливаючи на моральне, соціальне та фізичне здоров'я суспільства, об'єктивно не здатні призвести до укріплення правопорядку [66, с. 394].

Повертаючись до проблеми співвідношення підкупу та корупції, слід зазначити наступне. Ці поняття є автономними категоріями. З одного боку, підкуп розглядається лише як один з проявів корупції, тому що у кримінально-правовій площині поряд з ним корупційними визнаються й інші злочини, які можуть взагалі не містити такої мети кримінального правопорушення, як одержання будь-якої неправомірної вигоди, зокрема ст. 210, ст. 320, ст. 366¹ тощо. Але, з іншого боку, КК України передбачає відповідальність за надання матеріальної винагороди чи надання-одержання неправомірної вигоди, які розглядаються як підкуп, однак або з позиції примітки до ст. 45 КК, або у зв'язку з відсутністю суб'єкта, зазначеного у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», не є корупційними злочинами. Тобто підкуп може позиціонуватися і як більш широке, ніж корупція, поняття.

Таким чином, передбачений КК України підкуп може бути поділений на загальнокримінальний та корупційний. Враховуючи різні кримінально-правові наслідки вчинення цих видів підкупу, їх ототожнення є неприпустимим.

1.3. Поняття підкупу за чинним кримінальним законодавством України

Як зазначалося вище, у національному кримінальному законодавстві підкуп ніколи не позиціонувався як окреме кримінальне правопорушення. Однак з повторною криміналізацією комерційного підкупу та підкупу особи, яка надає публічні послуги, що відбулася згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» [67] (перша така спроба була здійснена згідно із Законом України від 11 червня 2009 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення, який втратив чинність у 2010 р.), законодавець диференціює відповідальність службових осіб публічного (ст. ст. 368, 369) та приватного (ст. 368³) сектору, а також осіб, які надають публічні послуги (ст. 368⁴), та встановлює покарання за відповідні діяння у межах перейменованого розділу XVII Особливої частини «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», хоча конструкції ст. 368³ та ст. 368⁴ залишаються аналогічними тим, що передбачалися ст. ст. 235⁴ та 235⁵ у редакції Закону від 11 червня 2009 р. У частинах перших статей 368³ та 368⁴ мова йшла про пропозицію, надання або передачу неправомірної вигоди, а у частинах третіх – про її одержання. Законом України від 8 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» [68] ст. 368³ КК України була перейменована у «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». У частині першій встановлювалася відповідальність за пропозицію або надання неправомірної вигоди, а в частині третій – за її одержання. Аналогічним чином вирішувалося питання і щодо підкупу особи, яка надає публічні послуги (ст. 368⁴).

Разом з цим, законодавець змінює редакцію ст. 368 КК України, де тепер ідеться про прийняття службовою особою пропозиції чи обіцянки надати їй або третій особі неправомірну вигоду (ч. 1) або одержання службовою особою неправомірної вигоди (ч. 2). Слід зазначити, що відповідальність за пропозицію хабара (ч. 1 ст. 369) була встановлена ще Законом від 7 квітня 2011 р., хоча прийняття пропозиції хабара відповідно до ст. 368 у редакції згаданого Закону злочином не визнавалось. Стаття 369 згідно із Законом від 18 квітня 2013 р. теж зазнала змін. У ч. 1 цієї статті встановлювалася відповідальність за пропозицію неправомірної вигоди, а у ч. 2 – за її надання. Обіцянка неправомірної вигоди, на відмінну від ст. 368 КК України, у диспозиції ст. 369 КК України у редакції Закону від 18 квітня 2013 р. не фігурувала. У новій редакції приймається і ст. 354 КК України, частина перша якої встановлює відповідальність за пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди працівнику державного підприємства, установи чи організації, а частина третя – за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди зазначеними суб'єктами.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 13 травня 2014 р. [69] редакції згаданих статей знов уточнюються. Відповідно до ч. 1 ст. 368³ кримінально-караними оголошуються пропозиція, обіцянка та надання службовій особі юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди, а відповідно до ч. 3 цієї статті – прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди цими службовими особами. Таку саму конструкцію містить і ст. 368⁴ (підкуп особи, яка надає публічні послуги). Розширюється і диспозиція ч. 1 ст. 369, де мова тепер йде про пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди службовій особі публічного сектору. З пропозицією, обіцянкою, наданням, прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням неправомірної вигоди законодавець починає пов'язувати кримінальну відповідальність і за зловживання впливом (ст. 369² КК України). Крім цього, у

ст. 354 (ч. 3), ст. 368 (ч. 1), ст. 368³ (ч. 1) та ст. 368⁴ (ч. 1) з'являється ще одна форма об'єктивної сторони цих злочинів – прохання надати неправомірну вигоду.

Таким чином, підкуп остаточно перетворюється законодавцем на самостійне кримінальне правопорушення, формами об'єктивної сторони якого виступають: 1) пропозиція; 2) обіцянка; 3) надання; 4) прийняття пропозиції; 5) прийняття обіцянки; 6) одержання неправомірної вигоди; 7) прохання її надати; 8) прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди поєднані з її вимаганням.

У кримінально-правовій літературі обґрунтовувалася позиція, згідно з якою не можуть розглядатися як підкуп пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди, які відбулися у зв'язку з вимаганням такої вигоди. Аргументувалася вона тим, що вимагання неправомірної вигоди завжди пов'язане з погрозою завдання шкоди правам чи законним інтересам того, хто її надає, і саме з цією ознакою пов'язані особливості суспільної небезпечності цих діянь. Особи, які вимушено надають неправомірну вигоду, повинні визнаватися потерпілими від злочину, і, отже, ступінь суспільної небезпечності цих діянь знаходяться в прямій залежності від шкоди, яка заподіяна або яка могла бути заподіяна правам чи законним інтересам потерпілих осіб, у тому числі від розміру неправомірної вигоди [59, с. 23]. Чинні редакції ст. ст. 354 (ч. 4), 368 (ч. 3), 368³ (ч. 4), 368⁴ (ч. 4) та 369² (ч. 3) передбачають як кваліфікуючу обставину прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди поєднання їх з вимаганням такої вигоди. Але на відміну від первісної редакції ч. 3 ст. 369 чи частини шостої цієї статті у редакції Закону від 7 квітня 2011 р., чинна редакція ч. 5 ст. 354 КК України не передбачає такої підстави звільнення вигододавця від кримінальної відповідальності, як вимагання у нього неправомірної вигоди. Такі особи більше не визнаються потерпілими, а суспільна безпека дій, поєднаних з вимаганням неправомірної вигоди, не залежить від шкоди, яка може бути заподіяна їх правам та інтересам. Суспільна безпека дій вигододавця, щодо якого мало місце вимагання неправомірної вигоди, обумовлюється тепер самим фактом її надання, що є характерним і для підкупу, передбаченого іншими частинами зазначених вище статей.

Отже, пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди, поєднані з її вимаганням, не виходять за межі підкупу як кримінального правопорушення і утворюють окрему форму його об'єктивної сторони.

Законодавчі кроки, спрямовані на перетворення підкупу на самостійне кримінально-каране діяння, не обмежуються тільки корупційними злочинами. Законом України від 14 жовтня 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального Кодексу України щодо посилення відповідальності за порушення виборчих прав громадян» [70] з ч. 1 ст. 157 КК України слово «підкуп» виключається. У якості способів перешкоджання, передбаченого ст. 157 КК України, відтепер законодавець розглядає тільки обман або примушування. Разом з цим, у новій редакції викладається ст. 160 КК України (підкуп виборця, учасника референдуму), у ч. 1 якої встановлюється відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем, учасником референдуму неправомірної вигоди, а у ч. 2 – відповідальність за пропозицію, обіцянку або надання виборцю чи учаснику референдуму неправомірної вигоди. В останньому випадку підкуп не тільки позиціонується як самостійне кримінальне правопорушення, а й охоплює **особою** інші за характером дії – здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємствам, установам чи організаціям неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів, робіт, послуг (ч. 3 ст. 160 КК України).

Перетворення підкупу на самостійне діяння зовсім не означає, що законодавець відмовляється від використання цього поняття як способу вчинення того чи іншого злочину. Більше того, сфера дії підкупу-способу навіть розширюється. Так, Законом України від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» [71] у новій редакції викладається ч. 1 ст. 370 КК України, відповідно до якої провокація підкупу починає розумітися як дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку

чи одержав таку вигоду. Запропонована законодавцем конструкція починає розглядатися як ще один різновид спеціального підбурювання – підбурювання до вчинення підкупу.

Законом України від 3 листопада 2015 р. «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» [72] КК України доповнюється ст. 369³ (протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань), де одним із способів такого впливу визнається підкуп.

Отже, у чинному кримінальному законодавстві України підкуп теж розглядається як спосіб вчинення тих чи інших злочинів, але на відміну від попередніх кримінальних кодексів він вже позиціонується і як окреме кримінальне правопорушення.

Не дивлячись на те, що підкуп у КК України фактично набув статусу самостійного кримінально-караного діяння, у сучасній літературі він, як і раніше, переважно визначається як спосіб вчинення злочину [73, с. 205; 74, с. 90], чому, вірогідно, сприяють положення абз. 5 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», які обіцянку, пропозицію чи надання неправомірної вигоди пов'язують з метою схилити особу, зазначену у частині першій ст. 3 цього Закону, до протиправного використання наданих службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. У підсумку, це дає змогу багатьом дослідникам при з'ясуванні сутності поняття підкупу у межах однієї статті КК використовувати положення інших статей, наприклад, при визначенні підкупу у межах ч. 1 ст. 369³ врахувати зміст статей 368³, 368⁴ та 370 КК [18, с. 914]. У зв'язку з цим постає питання про те, чи є спосіб формою реалізації діяння або самостійною ознакою об'єктивної сторони складу злочину.

У теорії кримінального права компромісу з цього питання не досягнуто. Одні вважають, що спосіб вчинення злочину є невіддільним від самої злочинної дії, тобто є її органічною частиною [75, с. 211], а інші, навпаки, стверджують, що виходячи з етимологічного змісту терміну «спосіб» та враховуючи положення чинного законодавства і функціональне значення цього явища, під способом слід розуміти самостійну ознаку, яка сприяє, надає допомогу основному діянню [76, с. 249].

На підтримку заслуговує саме друга позиція. Безумовно, спосіб вчинення злочину – це сукупність прийомів і методів злочинного діяння. Причому саме діяння, оскільки той чи інший спосіб може бути притаманний не тільки активній дії, а й бездіяльності. Так, наприклад, ухилення від військової служби може бути вчинено шляхом самокалічення або іншим способом (ст. 409 КК України). Проте спосіб не є органічною частиною злочинного діяння. В іншому випадку він не розглядався б як факультативна ознака об'єктивної сторони складу злочину, завжди виступаючи структурним елементом її обов'язкової ознаки – діяння. До того ж, використання особою того чи іншого способу саме по собі не може визнаватися кримінально-караним. Відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України підставою кримінальної відповідальності є виключно суспільно-небезпечне діяння, яке може вчинятися будь-якими способами, але без якого вчинене не може визнаватися злочином. Автори, які заперечують наявність способу при бездіяльності, посилаються на те, що самокалічення або підроблення документів вчиняються виключно шляхом активної дії [75, с. 213]. Однак кримінально-караним законодавець визнає не самокалічення чи симуляцію хвороби, а саме ухилення від військової служби, яке може вчинитися й іншими способами, але завжди пов'язане з невиконанням покладених на особу обов'язків.

Разом з тим, слід мати на увазі, що спосіб є зовнішньою формою прояву злочинного діяння. Тому законодавець може розглядати той чи інший спосіб як окремий злочин, присвячуючи йому самостійну статтю КК України. Так, наприклад, таємний спосіб викрадення чужого майна утворює крадіжку (ст. 185), відкритий – грабіж (ст. 186), обман – шахрайство (ст. 190) тощо. При цьому важливо підкреслити, що з набуттям тим чи іншим способом статусу самостійного кримінально-караного діяння він набуває і специфічних, притаманних тільки йому ознак, які не можуть використовуватися при характеристиці аналогічних способів, що не наділені законодавцем статусом окремого злочину. Так, наприклад, викрадення (таємне чи відкрите) виборчої скриньки з бюлетенями або протоколу про підрахунок голосів виборців чи учасників референдуму, про підсумки голосування в межах виборчого (територіального виборчого) округу на виборах чи

референдумі, про результати виборів або референдуму у межах ст. 158 КК України розглядається як спосіб фальсифікації підсумків голосування. Зрозуміло, що в цьому випадку характерні для крадіжки та грабежу ознаки (визначення моменту закінчення цих злочинів, особливості предмета, розмежування з адміністративними правопорушеннями тощо) не можуть бути використані при кваліфікації дій, передбачених ч. 3 ст. 158 КК України, як і тоді, коли законодавець виокремлює той чи інший спосіб у самостійний склад злочину, але за своєю кримінально-правовою природою (з точки зору об'єкта посягання) він є іншим (ч. 1 ст. 146, ч. 1 ст. 262, ч. 1 ст. 308, ч. 1 ст. 312, ч. 1 ст. 410, ст. 432).

З цього випливає, що підкуп-спосіб та підкуп-діяння не є тотожними поняттями, а їх ознаки не є взаємозамінними. Більше того, взаємозамінними не можуть визнаватися й ознаки двох підкупів-діянь, якщо за своєю кримінально-правовою природою вони є різнорідними злочинами (передбачені різними розділами Особливої частини КК) і не пов'язуються спільними ознаками (поняттям неправомірної вигоди, ознаками об'єктивної сторони, ознаками суб'єкта тощо), хоча ця обставина подекуди ігнорується навіть самим законодавцем.

Так, наприклад, у межах ч. 1 ст. 369³ КК підкуп використовується як спосіб впливу на результати офіційних спортивних змагань і не охоплює собою отримання спортсменами чи особами допоміжного спортивного персоналу певної матеріальної вигоди, яке згідно з п. 2 ч. 3 ст. 8 Закону від 3 листопада 2015 р. розглядається як окреме діяння. Винагорода тут має виключно матеріальний характер (на таке вирішення питання прямо орієнтує п. 2 ст. 8 Закону від 3 листопада 2015 р.), оскільки ніяких інших вказівок з цього приводу КК не містить, а примітки до ст. 160, ст. 354, ст. 364¹ на цей випадок не розповсюджуються. Однак у ч. 1 ст. 369³ законодавець вживає термін «неправомірна вигода», вірогідно бажаючи уніфікувати поняття, які використовуються у КК, що у підсумку призводить до змішуванню різних за своєю природою видів підкупу і є неприпустимим.

Підкуп як кримінальне правопорушення дійсно має низку спільних ознак із підкупом як способом вчинення злочину, оскільки останній є зовнішньою формою його прояву, у зв'язку з чим такий підкуп може розглядатися як різновид впливу –

діяння, про який йшлося вище. Перш за все звертає на себе увагу та обставина, що відповідно до ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» особа, яка вдається до обіцянки, пропозиції чи надання неправомірної вигоди діє з метою схилити іншу особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей. Це означає, що досягнення результату у вигляді схилення іншої особи до певних дій у цьому випадку не вимагається. Тому у межах підкупу-діяння (ст. ст. 160, 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369²) пропозиція або обіцянка неправомірної вигоди повинна розумітися як закінчений злочин. У зв'язку з цим не можна погодитися з висловленою у літературі думкою про те, що підкуп, зокрема передбачений ст. 354 КК України, слід вважати закінченим з моменту вчинення його суб'єктами кореспондуючих дій, тобто тільки тоді, коли пропозиція неправомірної вигоди була прийнята відповідними суб'єктами [74, с. 169-170], яка теж є наслідком змішування різних видів підкупу – підкупу-підбурювання і підкупу-діяння. З розширенням меж підкупу-діяння за рахунок криміналізації пропозиції, обіцянки та прохання неправомірної вигоди, втратою вимаганням неправомірної вигоди значення обставини, що звільняє від кримінальної відповідальності вигододавця, доволі усталений в теорії кримінального права підхід, згідно з яким дії хабародавця та хабароодержувача розглядаються як «необхідна співучасть» [77, с. 240-241] чи навіть єдиний злочин – хабарництво [78, с. 124-125], викликає великі сумніви. Дійсно, до змін кримінального законодавства України, які відбулися у 2011 р., злочини, передбачені статтями 368, 369 КК України, вважалися закінченими з моменту, коли службова особа прийняла хоча б частину хабара. У випадку, коли вона відмовилася його прийняти, дії того, хто намагався дати хабар, кваліфікувалися як замах на його давання. Тобто, на той час визнання давання та одержання хабара закінченими злочинами напряду залежало від наявності взаємно кореспондуючих дій. На сьогодні ситуація суттєво змінилася і КК України обов'язкової наявності таких дій більше не вимагає, хоча у науково-практичних коментарях, як і раніше, стверджується, що цей злочин повинен визнаватися закінченим з того моменту, коли відповідна особа прийняла хоча б частину наданої неправомірної вигоди [18, с. 826]. У межах оновленої конструкції підкупу-діяння таке вирішення питання виглядає

нелогічним. Виходить, якщо порушник правил дорожнього руху запропонує співробітнику Національної поліції розрахуватися на місці без протоколу, то це можна розцінювати як закінчений злочин (ст. 369 КК України), а якщо він, не заперечуючи факту порушення правил, покладе у документи певну суму грошей і протягне поліцейському, які той не прийме, вчинене можна розглядати тільки як замах на надання неправомірної вигоди службовій особі. Вочевидь, в останньому випадку вчинене теж повинно кваліфікуватися як закінчений злочин. Інакше висловлення наміру про надання неправомірної вигоди буде каратися більш жорстко, ніж спроба її надати, оскільки за вчинення замаху на злочин строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК України (ч. 3 ст. 68).

Однак підкуп-діяння володіє і певною специфікою. Тут, на відміну від підкупу-способу, надання згоди на протиправне використання своїх прав (ст. 160), становища (ст. 354), повноважень (ст. 368, 368³, 368⁴) чи можливостей (ст. 369²) шляхом прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди чи її частини є закінченим злочином. При цьому не має значення, чи дійсно особа мала намір виконати обіцяне. Відповідно до ч. 1 ст. 160 КК України прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем, учасником референдуму неправомірної вигоди визнається злочином незалежно від фактичного волевиявлення особи та результатів голосування. На цих же позиціях стоїть і ПВСУ, який у п. 3 своєї постанови від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначає, що відповідальність за одержання хабара настає незалежно від того виконала чи не виконала службова особа обумовлене, збиралася чи ні вона це робити [24, с. 236]. Таким чином, при підкупі-діянні адресат підкупу не визнається суб'єктом злочину тільки у тому випадку, коли особі не вдалося схилити його до протиправного використання належних йому прав, становища, повноважень або можливостей, у зв'язку з відхиленням пропозиції неправомірної вигоди.

Специфічним при підкупі-діянні є і поняття неправомірної вигоди. На відміну від підкупу-способу воно включає й нематеріальні активи (примітка до ст. 160), а також будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру (п. 2 примітки до ст. 354, примітка до ст. 364¹ КК України). Щоправда законодавець у цьому питанні не завжди послідовний. Якщо у межах ч. 1 ст. 368 мова йде про будь-яку неправомірну вигоду, то така вигода у кваліфікованих складах цього злочину, передбачених ч. 2 (значний розмір), ч. 3 (великий розмір) та ч. 4 (особливо великий розмір), пов'язується виключно з матеріальним вираженням (п. 1 примітки до ст. 368 КК України), тобто сумою, яка відповідно у сто, двісті та п'ятсот разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Зрозуміло, що за такого підходу, вчинити злочини, передбачені ч. 2, ч. 3 та ч. 4 ст. 368 КК України (виходячи з розміру вигоди) за допомогою, наприклад, вигод нематеріального чи негрошового характеру (похвальна характеристика, реклама товарів та послуг, забезпечення отримання перемоги в конкурсі, протегування тощо) неможливо.

Вище було зроблено висновок про те, що усі передбачені КК України види підкупу можуть бути поділені на загальнокримінальні та корупційні. У зв'язку з цим виникає питання щодо можливості застосування норм КК України про корупційний підкуп у ситуаціях, коли вчинений підкуп є загальнокримінальним. Інакше кажучи, чи можуть розглядатися діяння, передбачені, наприклад, ч. 1 ст. 369³ та ст. ст. 354, 368, 368³, 369 КК України, як суміжні склади злочинів, що дозволяє у випадку відсутності усіх ознак одного злочину застосовувати норму про інший. Дійсно, ч. 1 ст. 369³ за своєю сутністю є спеціальною нормою щодо зазначених вище діянь. Не випадково, за її відсутності суди кваліфікували випадки підкупу спортсменів за ст. 354 КК України. Так, наприклад, вироком Луцького міськрайонного суду Волинської області від 15 вересня 2016 року за ч. 4 ст. 354 були засуджені футболісти-професіонали ФК «Металіст», які 6 серпня 2015 р. (ст. 369³ КК України був доповнений згідно із Законом від 3 листопада 2015 р.) отримали за програш ФК «Металіст» грошову винагороду у розмірі 187760 грн [79]. Крім того, слід звернути увагу й ще на одну обставину. Суб'єктами злочину, передбаченого ст. 369³, згідно з приміткою до цієї статті визнаються спортсмени, особи допоміжного спортивного

персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні, посадові особи у сфері спорту, а також особи, які примушували чи підбурювали цих осіб до відповідних корупційних правопорушень або вступили з ними у змову (ч. 2 ст. 17 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань»). Оскільки у ч. 2 ст. 17 цього Закону не згадуються особи, які вчинили підкуп спортсменів, осіб допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні або посадових осіб у сфері спорту, на відміну від осіб, які вчинили примушування, підбурювання чи вступ у змову, можна дійти висновку, що суб'єктом активного підкупу у межах ч. 1 ст. 369³ КК України визнаються виключно особи, зазначені у ч. 3 ст. 6 чи ч. 4 ст. 8 Закону від 3 листопада 2015 р. З цього виходить, що дії спортсменів, осіб допоміжного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні та посадових осіб у сфері спорту, які впливають на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу інших спортсменів, осіб допоміжного персоналу та посадових осіб у сфері спорту, слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 369³, а аналогічні дії інших осіб – за ст. ст. 354, 368, 368³, 369 КК України.

Проте така кваліфікація є неможливою. Згідно з приміткою до ст. 45 КК України ці злочини визнані корупційними. Як відомо, діючий КК передбачає цілу низку обмежень для особи, яка вчинила корупційний злочин (ст. ст. 45, 46, 47, 48, 75 тощо). Тому застосування норм про ці злочини у випадку підкупу спортсмена чи посадової особи у сфері спорту загальним суб'єктом, на відмінну від аналогічних дій спортсменів та посадових осіб у сфері спорту, які, незважаючи на назву профільного Закону від 3 листопада 2015 р. та вживаний у ньому термін «корупційні правопорушення», такими не визнаються (примітка до ст. 45 КК України), виглядає не тільки не логічним, а й таким, що штучно суттєво погіршує становище загального суб'єкта. Інакше кажучи, корупційний та загальнокримінальний підкуп не можуть розглядатися як суміжні склади злочинів, що дозволяє ще раз поставити під сумнів обґрунтованість виокремлення корупційних злочинів і встановлення специфічних наслідків їх вчинення, оскільки цей крок порушує певні системні зв'язки між відповідними кримінально-правовими приписами.

Теж саме стосується і випадків підкупу експерта. У науково-практичних коментарях зазначається, що, вирішуючи питання про кваліфікацію діяння, яке полягає у підкупі експерта, слід враховувати, що в цьому випадку дії особи, яка здійснила такий підкуп з метою перешкодити з'явленню експерта до слідчо-судових органів чи схилила його до відмови від давання чи до давання завідомо неправдивого висновку, кваліфікуються за ст. 386 КК України, а дії експерта, який внаслідок такого підкупу одержав неправомірну вигоду – за частинами 3 або 4 ст. 368⁴. Якщо ж підкуп експерта здійснюється за відсутності зазначеної в ст. 386 КК України мети (наприклад, з бажання прискорити підготовку експертом висновку), дії як особи, що вчинила такий підкуп, так і експерта, що одержав неправомірну вигоду, кваліфікуються за відповідними частинами ст. 368⁴ КК України) [25, с. 883]. Як видається, що після появи примітки до ст. 45 КК України подібні рекомендації втратили свою актуальність. Визнання дій особи, яка надала експерту неправомірну вигоду з метою прискорити підготовку висновку, корупційним злочином з усіма правовими наслідками, а надання такої вигоди за завідомо неправдивий висновок, таким, що позбавлене ознак корупційності, теж виглядає не логічним (таке вирішення питання скоріше за все є наслідком механічного накладання міжнародної антикорупційної бази на вітчизняну кримінально-правову матерію). Вихід вбачається або у позбавленні підкупу статусу корупційного злочину, що навряд чи є доцільним з урахуванням визначення корупції, яке надано у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», або у наданні цього статусу будь-якому підкупу, адресатом якого є спеціальний суб'єкт злочину, наділений певними службовими повноваженнями та пов'язаними з цим можливостями.

Таким чином, слід ще раз підкреслити, що з урахуванням положень чинного КК України щодо додаткових правообмежень для особи, яка вчинила корупційний злочин, чітке розмежування (перш за все на законодавчому рівні) корупційного і загальнокримінального підкупу має принципове значення при кваліфікації вчиненого, оскільки дозволить уникнути проблем, про які йшлося вище.

Підсумовуючи викладене, можна сформулювати такі висновки.

Підкуп – це схилення іншої особи до вчинення передбаченого КК кримінального правопорушення або схилення її до поведінки, яка таким правопорушенням не визнається, шляхом пропозиції чи надання матеріальних та інших майнових вигід або позбавлення матеріальних витрат, а також пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди з метою схилити іншу особу до протиправного використання наданих їй повноважень чи пов'язаних з ними можливостей або прийняття пропозиції, обіцянки, одержання неправомірної вигоди, її прохання або вимагання особою за протиправне використання своїх повноважень чи пов'язаних з ними можливостей.

Виходячи з цього, підкуп може бути поділений на підкуп-підбурювання (ч. 4 ст. 27, ст. 370, ст. 386), підкуп-перешкоджання (ст. 304, ст. 315, ст. 323, ст. 324, ст. 369³, ст. 386) та підкуп-правопорушення (ст. 160, ст. ст. 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369²) [80, с. 136]. У перших двох випадках підкуп виступає способом вчинення відповідного діяння, а у третьому – як самостійне кримінальне правопорушення.

Підкуп-спосіб та підкуп-правопорушення мають свої суто специфічні ознаки, які не є взаємозамінними.

Залежно від наявності чи відсутності ознак корупції (у чинному КК України це питання вирішено шляхом створення переліку корупційних злочинів) підкуп може бути поділений на корупційний (ст. ст. 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369²) та загальнокримінальний (ч. 4 ст. 27, ст. 149, ст. 160, ст. 304, ст. 315, ст. 323, ст. 324, ст. 369³, ст. 370, ст. 386) [80, с. 137], що має принципове значення для кваліфікації, оскільки законодавець передбачає цілу низку додаткових обмежень для суб'єкта корупційного підкупу, що суттєво погіршують його становище. Враховуючи це, корупційний та загально-кримінальний підкуп не можуть розглядатися як суміжні склади злочинів.

РОЗДІЛ 2

ЗАГАЛЬНОКРИМІНАЛЬНИЙ ПІДКУП ТА ЙОГО ВИДИ

2.1. Підкуп як спосіб підбурювання до вчинення злочину

Як зазначалося вище, загальнокримінальний підкуп представлений у чинному кримінальному законодавстві України трьома різновидами: 1) підкуп як спосіб підбурювання до вчинення злочину; 2) підкуп як спосіб вчинення кримінально-караного діяння - перешкоджання, втягнення, схиляння, впливу; 3) підкуп як самостійне кримінальне правопорушення .

У свою чергу, підкуп як спосіб підбурювання до вчинення злочину може бути поділений на підкуп як спосіб загального підбурювання та підкуп як спосіб спеціального підбурювання.

Підкуп як спосіб підбурювання полягає у пропозиції, обіцянці чи наданні особі, яку схиляють до вчинення злочину, матеріальної винагороди, послуг матеріального характеру або інших майнових вигід, у тому числі і звільнення від майнових витрат.

Початковим моментом таких дій є пропозиція матеріальної винагороди, спрямована на схилення співучасника на вчинення злочину, а моментом закінчення – прийняття такої пропозиції адресатом підкупу, що свідчить про виникнення в нього наміру вчинити бажаний для підбурювача злочин, тобто про «створення» підбурювачем особи, готової реалізувати його злочинний задум [23, с. 12]. При цьому вчинення схиленою особою закінченого злочину або замаху на нього не є обов'язковим. Слід нагадати, що згідно з пануючими у кримінально-правовій доктрині XIX століття поглядами підбурювання могло підлягати відповідальності тільки у тому випадку, якщо діяння, до якого особу підбурювали, було вчинено або мала місце спроба його виконання [19, с. 165]. Така позиція зустрічається і у сучасній кримінально-правовій літературі [76, с. 406; 81, с. 34]. Однак при цьому ігнорується той факт, що вже КК УРСР 1960 р. готування до злочину оголошував кримінально-караним. Тому цілком обґрунтовано, судова практика, яка формувалася

на підставі цього законодавчого акту, виходила з того, що підбурювачем є особа, яка своїми діями збудила у іншої особи намір вчинити злочин, який охоплюється умислом підбурювача [19, с. 164]. Виникнення наміру вчинити бажаний для підбурювача злочин, про що свідчить прийняття адресатом підкупу пропозиції матеріальної винагороди, є готуванням до злочину у формі змови, тобто згоди двох або більше осіб про спільне вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК України).

Аналіз оприлюдненої судової практики застосування норм про підбурювання (автори, які предметно займаються проблемами підбурювання, підкреслюють, що воно у чистому вигляді зустрічається вкрай рідко, оскільки найчастіше перетворюється на організацію злочину) свідчить про те, що адресат підбурювання, як правило, злочин вчиняє. Так, наприклад, за підбурювання до заподіяння тяжких тілесних ушкоджень була засуджена гр. Б., яка запропонувала матеріальну винагороду (гроші) гр. Л. та гр. А. за те, щоб вони побили потерпілого Н. до такого ступеня, щоб він надовго потрапив у лікарню, що гр. Л. та гр. А. і зробили [82, с. 175].

Однак можливі й ситуації, коли підбурювання виявляється невдалим. Питання щодо поняття невдалого підбурювання у літературі теж вирішується неоднозначно. Одні пов'язують невдале підбурювання тільки з тією ситуацією, коли підбурювачу не вдалося викликати рішучість на вчинення злочину, а інші охоплюють цим поняттям і будь-які випадки, коли згода на спільне вчинення злочину досягнута, але злочин не був доведений співучасниками до кінця [81, с. 34]. На увагу заслуговує саме перша позиція, оскільки використана законодавцем у ч. 4 ст. 27 КК України дефініція підбурювача як особи, яка схилила іншого співучасника до вчинення злочину, не означає вчинення адресатом підкупу закінченого злочину чи замаху на нього. Разом з тим, слід підкреслити, що підбурювач є співучасником злочину (ч. 1 ст. 27 КК України). І якщо немає злочину, не може бути і підбурювання. Отже, при вдалому підбурюванні готування до злочину у формі змови вчиняють як суб'єкт, так і адресат підкупу, а при невдалому (коли співучасть відсутня) – тільки суб'єкт підкупу (у цьому випадку мова йде про готування до злочину у формі підшукування співучасників). Підшукування співучасників полягає у підборі та пошуку інших осіб

для вчинення злочину. Так, наприклад, з метою вбивства своєї дружини гр. М почав за матеріальну винагороду підшукувати виконавця свого злочинного задуму. Спочатку він запропонував це здійснити гр. П., а коли той відмовився, зробив відповідну пропозицію гр. В., на що останній відреагував зверненням до поліції з відповідною заявою [84, с. 137].

Змова на вчинення злочину полягає у досягненні згоди між двома та більше особами на його спільне вчинення. Під змовою слід розуміти створення групи, у якій беруть участь декілька суб'єктів злочину, які заздалегідь домовилися про спільне вчинення конкретного злочину. Саме наявністю взаємної домовленості змова на вчинення злочину і відрізняється від підшукування співучасників. Тому, якщо б у наведеному вище прикладі гр. П. погодився на пропозицію гр. М. та отримав частину винагороди як «аванс», мала б місце саме змова на вчинення злочину.

Подекуди законодавець виокремлює змову на вчинення злочину у самостійний закінчений склад. Так, наприклад, окремою формою об'єктивної сторони діяння, передбаченого ч. 1 ст. 109 КК України, є змова на вчинення дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади. У цьому випадку вдаль підбурювання шляхом підкупу до зазначеної змови буде кваліфікуватися як підбурювання до закінченого злочину, а невдале – як підбурювання до замаху на злочин.

Змова на вчинення злочину можлива як у межах простої (співвиконання), так і у межах складної співучасті з юридичним розподілом ролей. Саме у межах останньої вчинена змова і кваліфікується з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України.

Отже, остаточна оцінка дій суб'єкта підкупу при підбурюванні до вчинення злочину залежить від поведінки адресата підкупу. Якщо він приймає пропозицію суб'єкта підкупу – має місце підбурювання до готування злочину. Так, наприклад, Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 березня 2005 р. дії підбурювача до умисного вбивства на замовлення були кваліфіковані за ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 14, п. 6, 11 і 12 ч. 2 ст. 115 КК України у ситуації, коли особи, які погодилися позбавити потерпілого життя за грошову

винагороду, добровільно відмовилися від вчинення злочину і звернулися з цього приводу до правоохоронних органів [83, с. 171-175]. Якщо ж після надання згоди адресат підкупу починає виконувати об'єктивну сторону відповідного діяння – наявне підбурювання до замаху на злочин, а якщо він повністю реалізує злочинний задум підбурювача – мова йде про підбурювання до закінченого злочину. Якщо ж пропозиція матеріальної винагороди адресатом підкупу була відхилена, дії підбурювача слід кваліфікувати як готування до злочину (у формі підкушування співучасників). У цьому випадку посилання на ч. 4 ст. 27 КК України є необґрунтованим, оскільки співучасть не відбулася.

Підхід, згідно з яким невдале підбурювання повинно кваліфікуватися як готування до злочину, є доволі традиційним для вітчизняної судової практики. Верховний Суд УРСР, ще в середині 70-х років минулого століття, неодноразово звертав увагу на те, що при невдалій підмові, коли виконавець не вчинив злочину чи замаху на нього, підмовник несе відповідальність за готування до злочину [19, с. 166].

Таке вирішення питання щодо кваліфікації невдалого підбурювання підтримується і багатьма фахівцями, але чинний КК України відповідних нормативних підстав для цього не передбачає. Законодавство інших країн такі положення містить. Так, наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 45 КК Киргизької республіки за готування до злочину несе кримінальну відповідальність також особа, якій з незалежних від неї обставин не вдалося схилити інших осіб до вчинення злочину [48]. Пропозиції щодо доповнення КК України такою нормою неодноразово висловлювалися у літературі [23, с. 37], але законодавець їх й досі не сприйняв. Разом з тим слід зазначити, що згадана норма піддавалася й критиці, оскільки не вирішувала питання щодо відповідальності пособників і організаторів при невдалому пособництві чи організаційній діяльності [84, с. 141]. До того ж, остання теж може бути пов'язана зі схиленням співучасників до злочину, оскільки створення організованої групи чи злочинної організації (ч. 3 ст. 27 КК України), насамперед, полягає у пошуку та підборі осіб, які готові взяти у них участь. При цьому організатор використовує ті ж самі способи, що й підбурювач. На це прямо звертає

увагу ПВСУ у п. 3 постанови від 23 грудня 2005 р. «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями», зазначаючи, що організація вчинення злочину (злочинів) може полягати в залученні співучасників усіх видів (виконавців, пособників, підбурювачів, інших організаторів) або лише одного з них (наприклад, виконавців) і здійснюватись у формі наказу, угоди, прохання, підкупу, доручення, замовлення тощо [24, с. 139]. Враховуючи це, білоруський законодавець передбачає можливість притягнення до кримінальної відповідальності за готування до відповідного злочину не тільки підбурювача, а й організатора чи пособника, якщо їх дії, з незалежних від них обставин, виявляться невдалими (ч. 8 ст. 16 КК Республіки Білорусь). Ця норма є більш досконалою і саме її варто запозичити шляхом доповнення ст. 29 КК України самостійною частиною аналогічного змісту.

Вище обґрунтовувалася позиція, згідно з якою протиправний вплив на свідомість іншої особи за допомогою підкупу може вчинятися або з метою схилення її до вчинення злочину, або з метою схилення її до поведінки, яка не є кримінально-каранною. У першому випадку, суспільну небезпеку впливу законодавець вбачає у схиленні адресата підкупу до вчинення злочину, а у другому – у самому факті такого впливу, незалежно від реакції на це з боку його адресата. Тому, виникнення в нього бажання (рішучості) вчинити дії, яких вимагає суб'єкт впливу, чи відсутність такого бажання значення не мають, оскільки вплив-діяння визнається закінченим злочином вже на стадії готування.

Особливістю ст. 386 КК України є та обставина, що вона передбачає відповідальність одразу за два види впливу, які вчиняються шляхом підкупу: 1) підкуп свідка, потерпілого, експерта з метою перешкодити з'явленню їх до суду чи інших органів; 2) підкуп цих осіб з метою схилити їх до відмови від давання показань чи висновку або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку. У першому випадку злочин повинен визнаватися закінченим з моменту пропозиції матеріальної винагороди за нез'явлення до суду чи інших органів (незалежно від її прийняття чи неприйняття), а у другому – виключно з моменту прийняття свідком,

потерпілим чи експертом такої пропозиції за відмову від давання чи за давання завідомо неправдивих показань або висновку [85, с. 232].

Як вже зазначалося, норма, передбачена ст. 386 КК України, у частині схилення до відмови від давання чи до давання завідомо неправдивих показань або висновку шляхом підкупу є спеціальною щодо норм, передбачених ч. 4 ст. 27 та ст. 385 або ст. 384 КК України. Тобто, у цій частині зазначений злочин може визнаватися закінченим лише тоді, коли у адресата впливу виник намір відмовитися від давання показань (висновку) або надати завідомо неправдиві показання (висновок). У літературі підкреслюється, що конкуренцією загальної та спеціальної норми є таке їх співвідношення, коли склад однієї володіє усіма ознаками складу іншої, що є більш загальною, та має, крім того, додаткову ознаку. Такою ознакою у межах ст. 386 є адресат підкупу – свідок, потерпілий, експерт. Виходячи з принципу недопустимості подвійного інкримінування, не можуть бути одночасно стосовно одного й того ж посягання інкриміновані як загальна, так і спеціальна норма. Тому вчинене кваліфікується за спеціальною нормою [86, с. 429-430]. У зв'язку з цим, не можна погодитися з існуючою у коментарях до КК України позицією, згідно з якою дії особи, яка підкупила свідка, потерпілого чи експерта, у разі виконання ними вимоги, слід кваліфікувати ще й за ч. 4 ст. 27 та відповідними частинами ст. 384 або ст. 385 [18, с. 963]. Така позиція засновується на змішуванні видів впливу, про які йшлося вище, і є помилкою у кваліфікації, яка суттєво погіршує становище особи [87, с. 66].

Аналіз сучасної судової практики застосування ст. 386 КК України свідчить про те, що вона дещо ігнорує особливості передбаченої тут конструкції. Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих та спеціальної тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України та схилення шляхом примушування або підкупу цих осіб до відмови від давання показань (висновку) чи до давання завідомо неправдивих показань (висновку), розглядаються, переважно, як однакові за характером діяння і визнаються закінченими злочинами з моменту вчинення самого

впливу, незалежно від того, чи вдалося винному домогтися бажаної для нього поведінки від потерпілого [88; 89; 92].

Так, наприклад, вироком Скадовського районного суду Херсонської області від 1 квітня 2014 р. за ст. 386 КК України був засуджений гр. О., який пропонував свідку грошову винагороду за давання завідомо неправдивих показань у кримінальній справі за фактом розбійного нападу на магазин «Алмаз», хоча у мотивувальній частині вироку прямо зазначається, що свідок від цієї пропозиції відмовився [91]. Вироком Первомайського міського суду Луганської області від 20 грудня 2013 р. за ст. 386 КК України була засуджена гр. О., яка пропонувала очевидцю вчинення вбивства гроші за надання завідомо неправдивих свідчень під час досудового розслідування, хоча ця пропозиція останньою прийнята не була [92].

Необхідно ще раз наголосити на тому, що відповідно до вітчизняного кримінального законодавства схилення до вчинення злочину може вважатися таким, що відбулося тільки у тому випадку, якщо у підбурюваного виникла рішучість вчинити злочин. Зарубіжний законодавець може займати іншу позицію. Так, наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 30 КК Республіки Корея підбурювання визнається закінченим навіть тоді, коли підбурювана особа не погодилася вчинити злочин [107, с. 53]. Однак КК України подібних приписів не містить. Тому визнання підбурювання до відмови від давання показань або до давання завідомо неправдивих показань закінченим злочином у випадках, коли адресат підкупу відхилив відповідну пропозицію, суперечить чинному національному законодавству. Слід звернути увагу й на ту обставину, що майже у всіх випадках засудження особи за ст. 386, суди посилаються на те, що винний мав на меті перешкодити всебічному, повному і об'єктивному досудовому розслідуванню. Саме таке мотивування і призводить до визнання схилення до відмови або до давання завідомо неправдивих показань закінченим злочином і тоді, коли відповідна пропозиція була відхилена адресатом підкупу. Проте у диспозиції ст. 386 КК України мова йде не про перешкоджання досудовому розслідуванню, а про перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи інших органів, у зв'язку з чим подібна аргументація не може бути визнана обґрунтованою.

Таким чином, слід ще раз підкреслити, що диференціація видів впливу у межах ст. 386 КК України має принципове значення і є вирішальною обставиною при кримінально-правовій оцінці перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду чи інших органів або схилення їх шляхом примушування або підкупу до відмови від давання показань (висновку) чи до давання завідомо неправдивих показань (висновку).

При аналізі положень щодо підкупу чи примушування до давання завідомо неправдивих показань у зарубіжному кримінальному законодавстві звертає на себе увагу той факт, що тут відповідальність за ці дії встановлюється у різних частинах відповідних статей (наприклад, ч. 1 та ч. 2 ст. 340 КК Республіки Вірменія). При цьому підкуп розглядається як менш небезпечний спосіб вчинення зазначеного злочину ніж примушування. Такий підхід цілком заслуговує на підтримку, оскільки підкуп є способом впливу на свідомість особи, внаслідок чого вона більш-менш вільно приймає відповідне рішення, на відміну від примушування, де воля адресата впливу може повністю пригнічуватися. Насильство у кримінальному праві традиційно розглядається як найбільш небезпечний спосіб вчинення злочину. Тому ставити його в один ряд з підкупом навряд чи обґрунтовано. Виходячи з цього, доцільним видається реформування ст. 386 КК України, відповідно до якого відповідальність за перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового розслідування, тимчасових слідчих чи спеціальної слідчої комісії Верховної Ради України або схилення їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом підкупу встановлювалася б частиною першою цієї статті, а відповідальність за ті самі дії, вчиненні шляхом примусу – частиною другою. Що ж стосується погрози вбивством, насильством, знищенням майна або розголошення відомостей, що ганьблять потерпілого, яка вчиняється з помсти за раніше дані показання чи висновок, то вона немає нічого спільного ні з перешкоджанням, ні зі схиленням і повинна бути виокремлена у самостійну частину третю ст. 386 КК України.

У вітчизняній літературі підкуп розглядається не тільки як спосіб вчинення діянь, передбачених ст. 386 КК [25, с. 882; 18, с. 963], а іноді позиціонується і як

окреме правопорушення. При цьому, автори, вірогідно, орієнтуються на зарубіжне законодавство, де підкуп свідка чи потерпілого має саме такий статус (наприклад, ч. 1 ст. 309 КК РФ, ч. 1 ст. 340 КК Республіки Вірменія тощо). Граматичне тлумачення диспозиції ст. 386 КК України в аспекті вирішення проблеми встановлення залежності між окремими словами, коли диспозиція статті кримінального закону формулюється за альтернативним принципом і при цьому передбачається ознака, яка характеризує усі перелічені дії чи тільки деякі з них, тобто з точки зору синтаксичного та пунктуаційного елементів [93, с. 301], дозволяє зробити висновок про те, що підкуп, тут може виступати або як спосіб перешкоджання, або як спосіб схилення до вчинення відповідних злочинів і статусу окремого діяння у межах цієї статті не має.

У теорії кримінального права неодноразово пропонувалося встановити заборону на отримання незаконної винагороди свідком, потерпілим, перекладачем шляхом введення до КК спеціальної норми [96, с. 21].

Подібні пропозиції навряд чи можуть бути прийнятними. Криміналізація отримання незаконної винагороди набуває сенсу тільки тоді, коли предметом підкупу виступають не права та обов'язки відповідного суб'єкта, а його повноваження. У цьому разі суспільну небезпеку підкупу законодавець вбачає не у впливі на особу, а у самому факті купівлі-продажу тих чи інших повноважень або спробах це здійснити. У межах такої «угоди» покупець та продавець є рівноправними сторонами. Тому цілком обґрунтовано виглядає криміналізація дій обох учасників такої «угоди».

У адміністративно-правовій літературі зазначається, що головною особливістю становища громадян є те, що вони виступають як приватні особи, тобто реалізують свої особисті загальногромадянські права та обов'язки, а не права та обов'язки виконавчо-розпорядчих органів, громадських організацій чи посадових осіб [97, с. 228]. Права та обов'язки можуть бути загальними (вони належать усім громадянам і не пов'язані з якими-небудь особливостями та специфікою конкретної суспільно-державної, виробничо-господарської, трудової чи соціальної діяльності

людини і громадянина) та спеціальними, що впливають з особливостей становища особи і потреби її функціональної спеціальної активності [97, с. 229].

Права та обов'язки свідка, потерпілого, спеціаліста та перекладача належать до категорії спеціальних і обумовлюються їх кримінально-процесуальним статусом як учасників кримінального провадження. Проте чинний КПК України при характеристиці їх прав та обов'язків (ст. 56, ст. 57, ст. 66, ст. 68, ст. 71) термін «повноваження» не вживає, на відміну, наприклад, від представника юридичної особи (ч. 2 ст. 64¹) або представника третьої особи, щодо майна якої вирішується питання про арешт (ч. 5 ст. 64²), які представляють або адвокатуру, або юридичну особу. У ст. 69 КПК України не вживається термін «повноваження» і при характеристиці прав та обов'язків експерта. Відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону України «Про судову експертизу» від 25 лютого 1994 р. судово-експертну діяльність у кримінальному провадженні здійснюють державні спеціалізовані установи, а в інших випадках – також судові експерти, які не є представниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань у порядку та на умовах, визначених цим Законом [98].

Однак незалежно від того, чи є експерт представником державної спеціалізованої установи, чи ні згаданий Закон забороняє йому використовувати свої повноваження з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки та пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб (ч. 4 ст. 10). Тобто законодавець виходить з того, що у будь-якому разі експерт здійснює певні повноваження, а не реалізує свої права та обов'язки. У зв'язку з цим криміналізація його діянь, пов'язаних з «продажом» власних повноважень виглядає цілком обґрунтованою.

Таким чином, слід зазначити, що криміналізація дій адресата підкупу, які полягають в отриманні ним певної винагороди, є обґрунтованою лише тоді, коли предметом підкупу виступають не загальні або спеціальні права та обов'язки адресата підкупу, а його повноваження, тобто права та обов'язки державних, громадських або приватних структур, службових осіб, осіб, які надають публічні послуги тощо. Ігнорування цієї обставини може призвести до безпідставного

розширення меж кримінальної відповідальності за отримання незаконної винагороди і повного змішування різних за своїм статусом видів підкупу.

Звідси випливає, що кримінально-правова конструкція, у межах якої підкуп свідка чи потерпілого розглядається як спосіб вчинення злочину, є цілком обґрунтованою, оскільки законодавець намагається захистити їх від небажаного впливу. Тому, й кримінально-караними дії останніх стають тільки тоді, коли вони вчиняють інший самостійний злочин, який тільки вмотивований підкупом, але більше нічим з ним не пов'язаний. При цьому наявність подібної мотивації діяння, яке вчиняється адресатом підкупу, може враховуватися законодавцем при конструюванні норми, що передбачає відповідальність за нього (наприклад, ч. 2 ст. 384).

Разом з цим, слід звернути увагу на те, що ініціатором відмови від давання показань чи висновку, а також давання завідомо неправдивих показань чи висновку може бути не тільки суб'єкт, а й адресат підкупу. У даному випадку мова йде про підбурювання шляхом умовляння (прохання, переконання, вимоги) до підбурювання шляхом підкупу, яке повинно кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27 та ст. 386 КК України.

Аналіз сучасної судової практики застосування ст. 386 КК України свідчить про те, що обвинуваченні у вчиненні цього злочину доволі часто посилаються на те, що потерпілі самі вимагали в них гроші за написання заяви про відмову від обвинувачення чи за зміну раніше наданих показань. Ці посилення повинні оцінюватися критично, якщо вони не узгоджуються з іншими встановленими в судовому засіданні обставинами. Так, наприклад, Іваничівський районний суд Волинської області вироком від 4 березня 2014 р. визнав винними у вчиненні злочину, передбаченого ст. 386, двох працівників міліції, не прийнявши до уваги їх заяви про те, що потерпілий вимагав у них гроші за відмову у звинуваченні у неправомірних діях (заподіянні тілесних ушкоджень, погрозі підкинути потерпілому наркотичні засоби з подальшим порушенням кримінальної справи щодо нього, погрозі розголошенням відомостей, що ганьблять його гідність) і зробивши висновок, що підсудні таким чином намагаються уникнути відповідальності [99].

У вітчизняній теорії кримінального права є доволі розповсюдженим підхід, згідно з яким у тих випадках, коли кваліфікований склад загальної норми є більш тяжким злочином аніж діяння, передбачене спеціальною нормою, застосовуватися повинен саме він, тому що у цьому разі з'являються ознаки, які спеціальна норма не охоплює [25, с. 143].

Як неодноразово зазначалося, підкуп свідка, потерпілого, експерта у частині схилення їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку є спеціальною нормою щодо ч. 4 ст. 27 та ст. 385 чи ст. 384 КК України. Частиною 2 ст. 384 КК України передбачається така кваліфікуюча ознака введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, як поєднання його з обвинуваченням у тяжкому чи особливо тяжкому злочині або зі штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту, а також вчинення цього діяння з корисливих мотивів. Дотримуючись зазначеного вище підходу, у цьому випадку кваліфікація повинна відбуватися за загальною нормою, тобто за ч. 4 ст. 27 та ч. 2 ст. 384 (подекуди пропонується і оцінка вчиненого за сукупністю злочинів) [18, с. 963].

З таким рішенням не можна погодитися, оскільки для кваліфікації при конкуренції загальної та спеціальної норми не має значення наявність у статті про загальну норму кваліфікуючих ознак, які не передбачені статтею про спеціальну норму. Як слушно зазначає В.О. Навроцький, за наявності аналізованого виду конкуренції неприпустимо ігнорувати позицію законодавця, який диференціював відповідальність, можливо при цьому не в повній мірі врахував реальну суспільну небезпеку того чи іншого виду злочину, встановив неадекватну санкцію. Застосовувати у таких випадках потрібно все одно статтю, яка передбачає спеціальну норму [100, с. 272].

Однак певні проблеми, пов'язані з оцінкою підкупу свідка, потерпілого, експерта, все ж таки існують. Внаслідок неодноразової депеналізації санкцій ст. 384, ст. 385 та ст. 386 позбавлення волі на строк від двох до п'яти років залишилося тільки у ч. 2 ст. 384. У підсумку виникло доволі серйозне внутрішнє протиріччя між згаданими нормами. Так, вдале схилення свідка, потерпілого чи експерта до відмови

від давання показань чи висновку кваліфікується за ст. 386. Невдале схилення не є злочином, оскільки ч. 1 ст. 385 передбачає діяння невеликої тяжкості, готування до якого не є кримінально-караним. Вдале схилення цих осіб до давання завідомо неправдивих показань чи висновку повинно кваліфікуватися за ст. 386, а невіддале – за ч. 1 ст. 14 та ч. 2 ст. 384 як готування до введення суду або іншого уповноваженого органу в оману, що вчиняється з корисливих мотивів (як мінімум). Така кваліфікуюча ознака, як наявність корисливої мотивації цілком може бути поставлена у вину суб'єкту підкупу, оскільки у цьому разі вона ним цілком усвідомлюється (ч. 3 ст. 29 КК України). Відповідно до ч. 2 ст. 68 КК України за вчинення готування до злочину строк покарання не може перевищувати половини максимального строку найбільш суворого покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини. Таким чином, закінчене схилення в межах ст. 386 карається максимум арештом на строк до шести місяців, а незакінчене – позбавленням волі до двох з половиною років включно. В останньому випадку може бути застосований й інститут спеціальної конфіскації (ч. 1 ст. 96¹ КК України). Навряд чи таку ситуацію можна визнати логічною. Виходом з неї була б уніфікація санкцій, передбачених ст. 386 та ч. 2 ст. 384 КК України.

Підсумовуючи аналіз загального (ч. 4 ст. 27) та спеціального (ст. 386) підбурювання до вчинення злочину, слід звернути увагу на те, що питома вага тих чи інших способів підбурювання суттєво відрізняється залежно від того, чи є підбурювання загальним або спеціальним. Так, за даними сучасних досліджень, найбільш розповсюдженим способом загального підбурювання є умовляння (прохання, переконання) особи про необхідність вчинення злочину. На цей спосіб припадає 80% усіх випадків загального підбурювання. Доля підкупу складає 15%, погроз – 1%, інших способів, включаючи фізичний примус – 4% [101, с. 213]. Що ж стосується підбурювання до відмови від давання показань (висновку), а також до давання завідомо неправдивих показань (висновку), то тут ситуація інша. Автором було вивчено 35 вироків, якими особи були визнані винними у вчиненні злочину, передбаченого ст. 386 (у частині схилення до вчинення потерпілим діянь, передбачених ст. 385, ст. 384 КК України). У 22 випадках (63%) винні застосовували

психічний примус, у 11 (31,5%) – фізичний примус, у 2 випадках (5,5%) – підкуп. Випадків схилення свідка, потерпілого до відмови від давання показань або до давання завідомо неправдивих показань шляхом умовляння (прохання, переконання) чи іншим способом не було виявлено.

Різновидом спеціального підбурювання у вітчизняній теорії кримінального права традиційно вважається діяння, передбачене ст. 370 КК України [18, с. 918; 26, с. 194; 102, с. 154; 103, с. 43; 104, с. 240].

Слід зазначити, що провокацію злочину до підбурювання прирівнювала вже практика, яка формувалася на нормативній базі КК УРСР 1927 р. Так, відповідно до Ухвали Судової колегії Верховного Суду СРСР від 8 червня 1946 р. особа, яка спровокувала іншу особу на вчинення злочину, хоча б і з метою наступного викриття, повинна відповідати як за підбурювання до вчинення злочину [19, с. 165].

Подекуди провокація злочину тлумачиться як різновид підбурювальницьких дій навіть на законодавчому рівні. Так, наприклад, відповідно до ст. 24 КК Республіки Польща підлягає відповідальності як за підбурювання той, хто схиляє іншу особу до вчинення забороненого діяння з метою порушити проти нього кримінальне переслідування. Таке діяння розглядається як закінчений злочин, незалежно від того чи вдалося винному схилити іншу особу до вчинення забороненого діяння чи ні (ст. 22 § 1), а також від того, запобіг винний вчиненню забороненого діяння іншою особою чи ні (ст. 23 § 1) [112]. Схожі пропозиції висловлювалися і у вітчизняній літературі [113, с. 116].

Незважаючи на те, що у багатьох теоретичних роботах та науково-практичних коментарях діяння, передбачене ст. 370 КК України, розуміється як спеціальний вид підбурювання, у теорії кримінального права обґрунтовувалася позиція, згідно з якою підбурювання до давання або одержання хабара чи неправомірної вигоди взагалі не охоплюється ст. 370 КК України.

Так, наприклад, В.М. Киричко дійшов висновку, що зазначені у ст. 370 дії не підпадають під законодавче визначення підбурювача як особи, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину, оскільки, відповідно до ст. 26 КК співучастю у злочині

визнається умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Умисел при співучасті характеризується усвідомленням співучасниками факту участі у злочині декількох його суб'єктів та спільного його вчинення, тобто наявністю двостороннього суб'єктивного зв'язку. Відсутність такого зв'язку означає відсутність співучасті як такої, навіть якщо дії з об'єктивної сторони підпадають під визначення певного виду співучасті. Відсутність при створенні службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара чи неправомірної вигоди двостороннього зв'язку виключає, у даному випадку, співучасть у вчиненні злочину іншою особою, – вважає В.М. Киричко [59, с. 182]. Така думка у цілому узгоджується і з позицією ПВСУ, який у п. 23 своєї постанови від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначив, що якщо з метою викрити того, хто дав або одержав хабар, службова особа організувала давання чи одержання хабара, підбурювала до цього того, хто його дав чи одержав, або сприяла їм у цьому, її дії слід розцінювати ще й як співучасть у хабарництві та додатково кваліфікувати за відповідними частинами ст. 27 та ст. 369 або ст. 27 та ст. 368 КК [24, с. 242].

Позиція В.М. Киричка, згідно з якою провокація підкупу не зводилася до підбурювання, поза сумнівів заслуговувала на увагу.

Проте останні зміни ст. 370 КК України, які відбулися згідно із Законом України від 12 лютого 2015 р. [71], свідчать про прийняття рішення на користь порозуміння сутності передбаченого тут діяння саме як спеціального виду підбурювання. Законодавець відходить від усталеної вітчизняної традиції і пов'язує провокацію підкупу не зі створенням службовою особою відповідних обставин та умов, а з діями службової особи з підбурення особи до вчинення підкупу. Суб'єктом провокації підкупу, як і раніше, визнається виключно службова особа. Якщо ж такі дії вчиняються приватною особою, вони кваліфікуються за відповідною частиною статті Особливої частини КК України, яка передбачає відповідальність за певний вид підкупу (ст. 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369²), та ч. 4 ст. 27 КК України як підбурювання до вчинення цих дій.

Незважаючи на те, що Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своїх рішеннях оперує саме терміном «підбурювання з боку поліції» чи «підбурювання з боку правоохоронних органів», а чинний КПК України розглядає провокацію та підбурювання як синоніми (ч. 3 ст. 271), ототожнення цих понять у площині матеріального кримінального права видається необґрунтованим. Оцінюючи запропоновані законодавцем зміни, хотілося б зазначити наступне.

По-перше, дійсно, у тлумачних словниках провокація визначається саме як підбурювання кого-небудь до таких дій, які можуть потягти за собою тяжкі для нього наслідки [33, с.607]. Саме ця обставина і дає змогу багатьом дослідникам визначати провокацію як спеціальний вид підбурювання, а законодавцю сформулювати її як дії з підбурення, тобто фактично підбурення визначити через підбурення, що з точки зору законів логіки є неприпустимим. Проте з точки зору попередньої редакції ст. 370 КК України ці поняття не були тотожними. Так, наприклад, розповсюдження службовою особою серед підлеглих завідомо неправдивої інформації про майбутнє скорочення штатів і можливість залишитися на роботі лише завдяки підкупу не утворює підбурювання, хоча поза сумнівів, створює обставини, що зумовлюють пропонування неправомірної вигоди. По-друге, втрачається сенс у визнанні суб'єктом цього злочину виключно службової особи, оскільки мова вже йде не про створення відповідних обставин та умов, що в свою чергу є можливим завдяки використанню службового становища, а про підбурення, яке зі службовими повноваженнями аж ніяк не пов'язане. По-третє, втрачається сенс в самостійному існуванні статті про відповідальність за провокацію підкупу, оскільки такі дії можуть бути кваліфіковані й за її відсутності, з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України. По-четверте, не зрозуміло, який зміст вкладає законодавець у термін «підбурення» у межах ст. 370 КК України. Як відомо, формами підбурення згідно з ч. 4 ст. 27 КК є: умовляння, підкуп, погроза, примус, інше схилення співучасника до вчинення злочину. Важко собі уявити, що дії службової особи з підбурення особи до вчинення підкупу можуть полягати в залякуванні її заподіянням фізичної шкоди їй чи близькій їй особі (вбивство, тілесне ушкодження, зґвалтування), знищенням, пошкодженням майна чи вчиненням інших

протиправних дій, а підбурювання до підкупу шляхом підкупу взагалі виглядає нісенітницею. Не випадково у кримінально-правовій літературі серед можливих способів провокації, як правило, називають натяки, поради, пропозиції, прохання, умовляння, рекомендації, вказівки тощо [25, с. 839; 114, с. 232]. Втім, спеціальне підбурювання повинно охоплювати собою будь-які способи, які є характерними для загального підбурювання.

І, врешті, по-п'яте. Незрозуміло, охоплюються чи ні діючою законодавчою конструкцією провокації підкупу факти надання чи отримання неправомірної вигоди. За попередньою редакцією свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування чи одержання неправомірної вигоди, з метою викрити того, хто її дав або одержав, визнавалося закінченим злочином з моменту вчинення зазначених дій, незалежно від того, чи було надано або одержано неправомірну вигоду. Якщо ж надання або одержання фактично відбулися, ці дії додатково кваліфікувалися за відповідними частинами статей Особливої частини з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України. Якщо взяти на основу цей підхід, доведеться зробити висновок, що у цьому випадку винному необхідно інкримінувати «подвійне» підбурювання.

Підбурювання до вчинення злочину є певним видом злочинної діяльності, яка здійснюється у межах складної співучасті з юридичним розподілом ролей. Цей вид співучасті повинен відповідати усім ознакам співучасті як такої, і, насамперед, її суб'єктивним ознакам. У кримінально-правовій літературі наголошується на тому, що для наявності співучасті, з огляду на її суб'єктивні ознаки необхідні: 1) усвідомлення кожним із співучасників факту спільного з іншими співучасниками вчинення злочину; 2) передбачення, що в результаті їх спільних зусиль виконавцем буде вчинено злочин; 3) бажання настання єдиного і неподільного для всіх співучасників злочинного результату [90, с.95]. При вчиненні провокації суб'єктивні ознаки співучасті відсутні, тому такі дії не можна кваліфікувати як підбурювання до вчинення підкупу. І справа не в тому, що мотив і мета співучасників у даному випадку не збігаються (бажання збагатитися, вирішити свої питання за допомогою підкупу чи бажання викрити того, хто дав чи одержав неправомірну вигоду). Для

вирішення питання про наявність співучасті у злочині це не має значення. Річ у тім, що результат цих діянь – викриття спровокованого, — не може розглядатися в якості бажаного, єдиного та неподільного злочинного наслідку для всіх співучасників злочину.

У літературі, як правило, зазначається, що дії підбурювача можуть вчинюватися з будь-якою метою, в тому числі й з метою викрити іншу особу, однак це не впливає на кваліфікацію вчиненого. Мета викрити особу, яка дала або одержала хабар, не змінює юридичну оцінку зазначених дій, тому що у цих складах злочинів немає мети як ознаки суб'єктивної сторони [59, с. 189]. З цією позицією важно погодитися. Викриття спровокованої особи є не тільки метою, а й специфічним результатом дій провокатора, якого він прагне досягти. Не випадково вітчизняний законодавець традиційно використовує формулу «щоб потім викрити», а не словосполучення «з метою викриття». З іншого боку, пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди може надаватися за вчинення (невчинення) будь-яких дій в інтересах суб'єкта підкупу, але точно не за порушення кримінального переслідування щодо нього. Теж саме стосується і прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди. Таким чином, злочинний результат дій провокатора є абсолютно неприйнятним для спровокованої особи, а прагнення останньої зовсім не цікавлять суб'єкта провокації. Ігнорування цієї обставини так або інакше позбавляє співучасть її суб'єктивних ознак.

Деякі автори наполягають на тому, що наслідком дій спровокованої особи все одне є порушення відносин у сфері службової діяльності чи професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, і заподіяння шкоди авторитету та престижу відповідного органу чи службової особи [59, с. 190]. Цю думку поділяє і ПВСУ, який у своїй постанові від 26 квітня 2002 р. зазначив: «Те, що давання або одержання хабара відбулося у зв'язку з провокацією, не виключає відповідальності того, хто його дав або одержав» [24, с. 242]. Однак у теорії кримінального права цілком слушно звертається увага на те, що у таких випадках шкода об'єкту кримінально-правової охорони заподіяна бути не може [13, с. 187]. Ще більш радикальну позицію у цьому питанні займає О.Ф. Бантишев, який вважає

рекомендації ПВСУ абсурдними та такими, що можуть призвести до серйозних порушень законності, за які нам усім доведеться каятися у майбутньому. На думку автора, спровокована особа може нести відповідальність лише за вчинення тяжких злочинів проти особи, злочинів, що заподіяли великий збиток чи призвели до інших тяжких наслідків [103, с. 44]. Нижче автор ще повернеться до цього питання, однак, у будь-якому разі, стає очевидним, що оцінка дій спровокованої особи не може бути тотожною з оцінкою дій підбуреної особи, коли має місце співучасть у злочині.

Слід особливо підкреслити і ту обставину, що не дивлячись на фактичне ототожнення провокації і підбурювання, у теорії кримінального права традиційно наголошувалося на тому, що провокація хабара – це, насамперед, одностороннє злочинне діяння. Такий підхід дозволяв деяким ученим вважати, що хабародавець та хабароодержувач, які були спровоковані до відповідного діяння, кримінальній відповідальності не підлягають [106, с. 87; 107, с. 832].

Непритягнення до кримінальної відповідальності приватних осіб за вчинення провокації хабара в 20-ті роки минулого століття обґрунтовувалося й тим, що спеціальної норми щодо відповідальності за провокацію, вчинену приватними особами, законодавство тих часів (як, до речі, і чинне кримінальне законодавство України) не передбачало [108, с. 66; 109, с. 256], хоча норми про відповідальність за підбурювання до вчинення злочину йому були відомі.

На відміну від КК України, законодавець деяких колишніх радянських республік пов'язує провокацію хабара (підкупу) саме з діями приватної особи, розуміючи її як спробу надати службовій особі без її згоди грошей, цінних паперів, іншого майна або надання їй послуг майнового характеру з метою створення штучних доказів злочину або шантажу (наприклад, ст. 350 КК Республіки Вірменія) [111, с. 394]. При цьому, у деяких джерелах цілком слушно робиться висновок про те, що використовуючи такий опис злочину, законодавець просто переносить момент його закінчення на більш ранню стадію, не пов'язуючи, таким чином, склад провокації хабара або комерційного підкупу з тією чи іншою реакцією спровокованої особи [27, с. 273]. Тобто, з точки зору своєї природи провокація

підкупу є впливом-діянням, а не впливом-схиленням, тому й визнається закінченим злочином незалежно від поведінки адресата впливу.

Виходячи з викладеного, провокація взагалі не може розглядатися як спосіб підбурювання до вчинення злочину і повинна розцінюватися тільки як самостійне кримінально-каране діяння. Таке рішення обумовлює необхідність доповнення ст. 27 КК України частиною восьмою наступного змісту: «Не є співучастю провокація злочину, тобто схилення особи до вчинення злочину, щоб потім її викрити. Особи, які вчинили це діяння, підлягають кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений ними злочин. Особи, які вчинили злочин внаслідок провокації, підлягають кримінальній відповідальності, крім випадків, передбачених Особливою частиною цього Кодексу».

Як зазначалося вище, особливістю впливу-діяння є та обставина, що особа схиляється до поведінки, яка не є кримінально-караною. Згідно з пануючим у національній теорії та практиці підходом, пропозиція, обіцянка, надання, прийняття пропозиції, обіцянки або отримання неправомірної вигоди, які відбулися у зв'язку з провокацією, не виключають відповідальності суб'єкта цих дій. Проте такий підхід не відповідає позиції ЄСПЛ, який, приймаючи рішення на користь заявників, які були підбурені до вчинення злочину правоохоронними органами, констатує, що розгляд справи не має ознак справедливості, і відбулося порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини. Тобто така позиція фактично виправдовує спровоковану особу, у зв'язку з чим вона не може підлягати кримінальній відповідальності.

У вітчизняній літературі теж наголошується на тому, що провокація виключає (унеможливлює) відповідальність спровокованої особи. Але при цьому мається на увазі тільки провокація, вчинена працівником правоохоронного органу. Решта провокацій відповідальності того, хто дав або одержав неправомірну вигоду, не виключає [59, с. 210].

Виходячи з практики ЄСПЛ, будь-яка провокація підкупу повинна виключати кримінальну відповідальність спровокованої особи. Як слушно вважає О.Й.

Кирпичников, при провокації хабара кримінальній відповідальності повинні підлягати лише провокатори, тобто особи, які імітували об'єктивну сторону хабарництва з метою створення штучних підстав для притягнення до відповідальності особи, стосовно якої вчиняється провокація [115, с. 314]. Надання-одержання неправомірної вигоди, які відбулися завдяки провокації, об'єктивно не здатні заподіяти шкоду нормальному функціонуванню апарата управління в публічній чи приватних сферах, нормальній професійній діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг чи авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування або громадських об'єднань, оскільки вони реально не спрямовані на «купівлю-продаж» відповідних повноважень, а тільки імітують таку «угоду». Тому, у цьому разі, навіть загрози відповідному об'єкту кримінально-правової охорони не створюється. У зв'язку з цим цілком заслуговує на підтримку позиція, наприклад, литовського законодавця, відповідно до якої, особа звільняється від кримінальної відповідальності за підкуп, якщо її провокували надати хабар (ч. 4 ст. 227 КК Литовської Республіки) [21, с. 313].

У кримінально-правовій літературі необхідність притягнення до кримінальної відповідальності за одержання хабара, яке стало наслідком провокації, обґрунтовувалася й тим, що службова особа у цьому випадку не пройшла перевірку на її непідкупність, хоча мала можливість відмовитися від хабара і тим самим успішно пройти випробування. Тобто, особа виявила схильність до корупції і обов'язково візьме хабар, опинившись поза контролем [116, с 157]. Інакше кажучи, підстава кримінальної відповідальності за такого підходу пов'язується з тим, що службова особа не витримала спокуси в ході перевірки, тобто з її особистими негативними якостями. Проте підставою кримінальної відповідальності є не негативні людські риси і не схильність до вчинення злочинів, а вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК України (ст. 2). Відсутність хоча б одного з елементів цього складу свідчить про відсутність підстави кримінальної відповідальності, у тому числі й тоді, коли суб'єкт вчиненого діяння характеризується вкрай негативно. Слід звернути увагу й на те, що провокативні дії у будь-якому разі призводять до порушення прав осіб

(права на справедливий судовий розгляд справи), які за таких обставин надали або одержали неправомірну вигоду. Одночасне визнання осіб потерпілими від провокації підкупу і суб'єктами цього злочину, який став можливим саме завдяки їй, теж виглядає не логічним. Цю дилему в теорії кримінального права неодноразово пропонувалося вирішити на користь легалізації провокації шляхом скасування відповідної статті КК, що дозволить досягти позитивних результатів у боротьбі з корупцією, використовуючи при цьому хоча й незаконні, але ефективні засоби [116, с. 159; 117, с. 82]. Однак з позиції Конституції України зазначена дилема повинна вирішуватися на користь прав та свобод людини (ст. 3). Тому подолання корупції не може відбуватися за рахунок нехтування цією найвищою соціальною цінністю. У зв'язку з цим, збереження у чинному КК України норми щодо провокації підкупу виглядає цілком обґрунтованим. Хоча, таке рішення законодавця є дещо половинчастим, оскільки не виключає кримінальної відповідальності спровокованих (потерпілих) осіб.

Таким чином, провокація підкупу є не спеціальним видом підбурювання до вчинення злочину, а схилянням до дій, які злочинними не визнаються, тобто вона є різновидом впливу-діяння, що повинно знайти відображення у конструкції відповідної норми.

Разом з цим слід звернути увагу ще на одну обставину. У вітчизняному кримінальному законодавстві провокація хабара (підкупу) традиційно розуміється як посадовий злочин (ст. 115 КК УРСР 1922 р., ст. 107 КК УРСР 1927 р., ст. 170 КК УРСР 1960 р., ст. 370 чинного КК України), що навряд чи обґрунтовано.

Провокація будь-якого злочину є навмисною, однобічною діяльністю винного, що спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину, з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення, якщо при цьому діяння спровокованого фактично не має ознак винуватості. Провокація підкупу є окремим випадком провокації злочину і, відповідно, має всі ознаки останнього. Суспільна небезпека провокації підкупу полягає в тому, що ці дії не стільки підривають репутацію посадової особи, скільки штучно створюють привід для порушення кримінального провадження, тим самим

відволікають сили і засоби органів досудового розслідування від процесуальної діяльності за провадженнями, за якими було вчинено злочин, грубо порушують принципи правосуддя в Україні.

Звідси випливає, що родовим об'єктом діяння, передбаченого ст. 370 КК України, є нормальна діяльність органів досудового розслідування у сфері здійснення правосуддя.

Такий висновок підтверджується і рішеннями ЄСПЛ [105, с. 39], який зазначає, що об'єктом заподіяння шкоди внаслідок провокації злочину, насамперед, виступає право на справедливе здійснення правосуддя як одна з правових основ демократичного суспільства.

Отже, провокація підкупу є злочином проти правосуддя, що обумовлює необхідність певного корегування структури Особливої частини КК України.

Викладене зумовлює необхідність реформування законодавчого підходу до регламентації відповідальності за провокацію підкупу, яке повинно здійснюватися за трьома напрямками. По-перше, слід змінити кримінально-правовий статус провокації підкупу. По-друге, сутність провокації підкупу необхідно зв'язати зі схилянням особи до вчинення підкупу або зі створенням службовою особою обставин і умов, що зумовлюють підкуп, щоб потім викрити того, хто його вчинив, що дозволить охопити цим поняттям і відповідні дії приватних осіб, не ігноруючи при цьому суб'єктивних ознак співучасті. По-третє, норму щодо відповідальності за провокацію підкупу доцільно було б доповнити приміткою, згідно з якою спровоковані особи не підлягають кримінальній відповідальності за вчинення підкупу [118, с. 107].

Таким чином, можна запропонувати таку редакцію диспозицій та примітки статті про провокацію підкупу: «Провокація підкупу

Схиляння особи до вчинення підкупу, щоб потім викрити того, хто його вчинив, – карається ...

Те саме діяння, вчинене службовою особою або створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють підкуп, щоб потім викрити того, хто його вчинив, – караються ...

Дії, передбачені частиною другою, вчинені службовою особою правоохоронних органів, – караються ...

Примітка. Не підлягають кримінальній відповідальності особи, які пропонували, обіцяли чи надали неправомірну вигоду або прийняли пропозицію, обіцянку чи одержали таку вигоду у зв'язку з провокацією підкупу».

Розташувати статтю про провокацію підкупу слід у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя».

Пропонуючи подібну редакцію норми щодо провокації підкупу, цілком можна передбачити контраргументи на користь того, що майже всі службові особи будуть посилалися на те, що стосовно них мала місце провокація. Але, як слушно зазначав А.А. Піонтковський, мета боротьби з хабарництвом полягає у виявленні дійсних злочинів і злочинців, а не у створенні нових злочинів [119, с. 176]. Не випадково ЄСПЛ не вважає дії, які відбулися у зв'язку з провокацією, злочинними.

Порозуміння провокації як одностороннього злочинного діяння, яке не містить ознак співучасті, викликає необхідність доповнення розділу XVIII Особливої частини КК України ще однією нормою щодо відповідальності за провокацію злочину, редакція диспозиції якої могла б виглядати таким чином: «Схиляння особи до вчинення злочину, щоб потім її викрити, – карається ...».

Ця норма могла б охопити собою й ті випадки, коли законодавець використовує підкуп як спосіб вчинення того чи іншого кримінального правопорушення, наприклад, одна особа шляхом підкупу схиляє іншу особу до вчинення крадіжки з тим, щоб у подальшому її викрити. У сучасній українській кримінально-правовій теорії така ситуація традиційно розцінюється як підбурювання до вчинення злочину. При цьому підкреслюється, що мотиви і мета в особи, яка підбурює до злочину, й у виконавця, якого схилили шляхом провокації до вчинення злочину, можуть бути різними, але це не виключає їх співучасті у цьому злочині [120, с. 252]. Проте, як вже зазначалося, викриття спровокованого у будь-якому випадку не може розглядатися як єдиний і неподільний злочинний результат, настання якого бажають усі без винятку співучасники. А без цього співучасть позбавляється своїх суб'єктивних ознак.

Що ж стосується спровокованої особи, то вона теж підлягає кримінальній відповідальності, якщо вчинені нею дії передбачені КК України як кримінальне правопорушення. На відміну від уявної угоди щодо купівлі-продажу повноважень, яка не здатна заподіяти шкоду відповідному об'єкту кримінально-правової охорони, у цьому випадку дії спровокованої особи заподіюють цілком реальну шкоду власності, правосуддю, життю, статевій свободі тощо. Спровоковані на вчинення крадіжки чи будь-якого іншого злочину особи теж є потерпілими від провокації. Але на відміну від провокації підкупу вони несуть відповідальність не за одержання неправомірної вигоди, а за вчинення іншого злочину, який тільки вмотивований підкупом і більш ніяк з ним не пов'язаний. Тобто, у цьому разі спровоковані особи не є одночасно потерпілими від злочину і його суб'єктами. Вони є потерпілими від дій провокатора і суб'єктами інших злочинів, які вчиняються ними самостійно. Тому притягнення до кримінальної відповідальності таких осіб є цілком обґрунтованим і не порушує їх права на справедливий судовий розгляд справи.

Будь-яка провокація повинна визнаватися закінченим злочином з моменту схиляння особи до вчинення бажаних для винного дій, незалежно від подальшої поведінки потерпілого. За цією ознакою вона теж відрізняється від підбурювання, яке визнається закінченим лише тоді, коли у співучасника виникла рішучість на вчинення певного злочину.

Доволі інтенсивна нормотворча діяльність вітчизняного парламенту з приведення національного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів, яка відбувається останнім часом, призвела до появи у КК України ще одного різновиду загальнокримінального підкупу – підкупу третьої особи для отримання її згоди на експлуатацію потерпілого. Так, відповідно до ст. 149 у редакції Закону від 6 вересня 2018 р. «Про внесення змін до ст. 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами» [121] вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини з метою її експлуатації можуть здійснюватися з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого

стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію.

Міжнародні стандарти, про які йдеться у Законі України від 6 вересня 2018 р., викладені у Протоколі про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. [122], ратифікованому Законом України від 4 лютого 2004 р., а також ст. 4 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р. (ратифікована Законом України від 21 вересня 2010 р. [123]), у пункті «а» якої зазначається, що «торгівля людьми» означає найм, перевезення, передачу, переховування або одержання осіб шляхом погрози або застосування сили чи інших форм примусу, насильницького викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або безпорадним станом або наданням чи отриманням плати чи вигоди для досягнення згоди особи, яка має владу над іншою особою, для експлуатації.

Звертає на себе увагу та обставина, що реформуючи ст. 149 КК України Законом від 6 вересня 2018 р., законодавець не відмовився і від такої форми об'єктивної сторони цього злочину, як торгівля людьми, що дозволяє авторам проводити паралелі з цивільним законодавством та визначати це поняття відповідно до змісту договору купівлі-продажу. Зокрема, зазначається, що торгівля людьми полягає у здійсненні щодо потерпілого угоди купівлі-продажу, в якій потерпіла особа виступає як предмет цієї угоди (товар), тобто, одна особа (продавець) передає людину у фактичне незаконне володіння та розпорядження іншої особи (покупця) за певну грошову винагороду. При цьому продавець бере на себе зобов'язання передати людину покупцю, а покупець зобов'язується прийняти людину та заплатити за неї [18, с. 347]. Слід зазначити, що подібні визначення сутності торгівлі людьми дещо суперечать вітчизняному цивільному (ст. 656 ЦК України) та митному законодавству. Останнє під товаром розуміє рухомі речі, у тому числі ті, на які законом поширено режим нерухомої речі, валютні цінності, культурні цінності та електроенергію, але, у будь-якому випадку, не людину (п. 57 ч. 1 ст. 4 Митного кодексу України – далі МК України) [124]. Тому дефініція цього поняття через

цивільно-правові категорії навряд чи є обґрунтованою. Однак, так чи інакше, виходячи з такого розуміння, торгівля людьми охоплює собою і випадки купівлі чи іншого придбання малолітньої дитини у батьків чи інших законних представників [125, с. 25], причому незалежно від наявності чи відсутності мети її експлуатації.

Проте не важко помітити, що з позиції згаданих вище міжнародно-правових актів торгівля людьми полягає не у купівлі-продажу людини і навіть не в її заволодінні будь-яким способом з метою подальшого продажу, а складається з трьох обов'язкових елементів: 1) діяння у формі вербування, перевезення, передачі, переховування або одержання людини; 2) способів його вчинення: погрози силою або її застосування, інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою чи уразливістю стану, підкупу для одержання згоди особи, яка контролює іншу особу; 3) мети експлуатації, яка включає, як мінімум, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство чи звичаї, подібні рабству, підневільний стан або вилучення органів.

Як слушно зазначає Н.А. Зелінська, імперативна вимога, зафіксована у Протоколі від 15 листопада 2000 р., полягає в криміналізації торгівлі людьми як комбінації її складових елементів, а не самих цих елементів як таких [126, с. 305]. Звідси виходить, що передача-одержання людини, у тому числі й за грошову винагороду, не можуть розглядатися як торгівля людьми, якщо вони не здійснюються зазначеними способами та не переслідують мету експлуатації. Не випадково, кримінальні кодекси колишніх радянських республік (крім КК РФ, яка навіть не підписувала Конвенцію Ради Європи від 16 травня 2005 р.) торгівлю людьми у диспозиціях відповідних норм не виокремлюють, визначаючи цей злочин саме через поняття вербування, перевезення, передачі, переховування або одержання людини, які відбуваються шляхом застосування насильства, у тому числі і викрадення чи погрози його застосування, обману, зловживання уразливістю стану чи владою, а також підкупу особи, яка контролює іншу особу (доглядає за нею) з метою експлуатації (ст. 181 КК Республіки Білорусь, ст. 132 КК Республіки Вірменія, ст. 165 КК Республіки Молдова тощо).

Свого часу конструкція ст. 149, запропонована первісною редакцією КК України 2001 р., піддавалася критиці у вітчизняній літературі. Зокрема, зверталася увага на неможливість встановлення суб'єктивної сторони цього злочину, оскільки мета, яка є його обов'язковою ознакою, у даному випадку характеризує вольову ознаку умислу не особи, яка вчиняє злочин, а інших осіб, котрі виконують певні дії за межами складу злочину. При цьому у переважній більшості випадків винна особа фактично не може знати, з якою саме метою жертву злочину хоче придбати друга, а тим більше третя особа у ланцюгу покупців. Навіть у тому випадку, коли винний сам придбав людину, практичне застосування цієї норми обмежувалося необхідністю доведення того, що їм усвідомлювався як неминучий факт наступної (після продажу або іншої передачі) експлуатації [16, с. 373]. Імовірно, саме тому законодавець змінив редакцію ст. 149 у 2006 р., не прив'язуючи торгівлю людьми до мети експлуатації, хоча такий підхід і суперечить згаданим вище міжнародно-правовим актам, які поняття «торгівля людьми» у цивільно-правовому сенсі не використовують. Але, так або інакше, вказівка у диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України на підкуп третьої особи, яка контролює потерпілого для отримання згоди на його експлуатацію, стає зайвою, оскільки отримання платежів або вигод, наприклад, батьком за надання згоди на експлуатацію своєї дитини цілком може розглядатися як торгівля людьми і у національному розумінні цього діяння.

Тому слід було б або відмовитися від використання торгівлі людьми як самостійної форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 149 КК України, або не імплементувати положення Протоколу та Конвенції у частині підкупу третьої особи, яка контролює іншу особу. У світлі інтеграційних прагнень України більш прийнятним є саме перший варіант. У зв'язку з цим диспозицію ч. 1 ст. 149 КК України доцільно було б викласти як описову: «Торгівля людьми, тобто вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням...».

Відповідно до міжнародно-правових актів та чинної редакції ч. 1 ст. 149 КК України одним із способів вербування, переміщення, переховування, передачі або одержання людини є підкуп третьої особи, яка контролює потерпілого, для

отримання згоди на його експлуатацію. У зв'язку з цим виникає питання про те, які саме форми об'єктивної сторони торгівлі людьми можуть здійснюватися шляхом підкупу?

Під вербуванням у вітчизняній кримінально-правовій літературі розуміють дії, пов'язані зі схилянням особи працювати чи надавати послуги на певних умовах, як правило, за матеріальну винагороду. Переміщення – це вчинення суб'єктом злочину будь-яких дій із переміщення у просторі потерпілої особи з одного місця в інше, а переховування – це вчинення будь-яких дій, спрямованих на те, щоб унеможливити або утруднити встановлення того, де на даний час перебуває потерпіла особа [25, с. 113-114]. Найбільш суперечливим є тлумачення передачі-одержання людини, що цілком зрозуміло, оскільки така передача-одержання за грошову винагороду чи на інших засадах є торгівлею людьми у національному розумінні цього діяння. Передача тлумачиться як посередницька діяльність між продавцем та покупцем [25, с. 114], як встановлення контролю над місцем перебування людини, позбавлення її можливості вільного пересування після здійснення купівлі-продажу [18, с. 348] тощо, хоча такі спроби авторів розмежувати міжнародно-правове поняття передачі-одержання людини і національне поняття «торгівля людьми» переконливими не виглядають.

У міжнародно-правовому сенсі передача людини включає до себе дві складові: 1) фактичне надання потерпілого іншій особі, яке має безповоротний характер; 2) надання іншій особі контролю над потерпілим. Звідси одержання людини, це: 1) тримання людини особою, якій вона була передана; 2) встановлення над людиною свого контролю. Саме таким чином визначається поняття передачі-одержання людини відповідно до єдиного для Європейського Союзу стандарту криміналізації злочинів, які представляють собою торгівлю людьми, що міститься у Рамковому рішенні Ради від 19 липня 2002 р. і відповідно до ст. 1 якого, торгівля людьми – це вербування, перевозка, передача, розміщення, наступний прийом особи, включаючи поступлення або передачу іншим контролю над цією особою, коли має місце: використання примусу, сили чи погроз у тому числі викрадення людини або використання обману чи обманних дій, або зловживання владою чи уразливістю

стану, або пропозиція чи прийняття платежів або вигід за отримання згоди від особи, яка має владу над іншою особою [126, с. 318].

Таким чином, можна дійти висновку, що підкуп третьої особи, про який ідеться у ч. 1 ст. 149 КК України, пов'язаний з передачею людини, зокрема, з такою її складовою, як надання іншій особі контролю над потерпілим. Такий підкуп не пов'язаний з вербуванням, оскільки для останнього характерним є психічний вплив, який спрямований безпосередньо на потерпілого, а також з переміщенням, переховуванням та одержанням людини, оскільки такі дії можуть відбуватися лише після підкупу, який їм завжди передує. Проте зазначений підкуп не є і способом вчинення передачі людини.

У контексті ч. 1 ст. 149 КК України він використовується законодавцем як спосіб спеціального підбурювання до вчинення злочину – передачі людини. За ч. 1 ст. 149 КК України може кваліфікуватися тільки вдале підбурювання. Якщо згода на експлуатацію потерпілого від третьої особи, яка його контролює, суб'єктом підкупу отримана не була, дії останнього повинні кваліфікуватися як готування до передачі людини (діяння, передбачене ч. 1 ст. 149 КК України, є тяжким злочином). Якщо ж така згода була отримана, має місце готування до злочину у формі змови двох осіб про спільне вчинення передачі людини. Чинний Сімейний кодекс України (далі – СК України) навіть батькам суворо забороняє будь-які види експлуатації своєї дитини (ч. 6 ст. 150), а будь-яка експлуатація дитини, примушування її до жебрацтва та бродяжництва є підставою для позбавлення їх батьківських прав (п. 5 ч. 1 ст. 164). Тому ніяких «формальностей», пов'язаних з передачею прав на експлуатацію потерпілого, не може бути за визначенням. З цього випливає, що отримання суб'єктом підкупу згоди на експлуатацію потерпілого від третьої особи, яка його контролює, повинно визнаватися закінченим злочином для обох учасників угоди, незалежно від того, відбулася така експлуатація у майбутньому чи ні, тобто цей злочин є закінченим вже на стадії готування у формі змови на спільне вчинення передачі людини.

Порозуміння підкупу третьої особи як підбурювання до вчинення передачі людини дозволяє поставити питання про обґрунтованість виокремлення такого

підкупу у межах ч. 1 ст. 149 КК України, оскільки це діяння може кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України (у разі отримання згоди на експлуатацію потерпілого).

Позиціонування підкупу третьої особи саме як спеціального виду підбурювання є цілком виправданим. Хоча КК України і не передбачає положень щодо більш м'якого покарання за підбурювальницьку діяльність, судова практика традиційно визнає роль підбурювача менш небезпечною порівняно з роллю виконавця (співвиконавця) чи організатора. У той же час, ст. 3 згаданого вище Рамкового рішення від 19 липня 2002 р., наполягає на тому, що кожна держава повинна вжити необхідних заходів для того, щоб вербування, перевозка, передача, розміщення, наступний прийом особи, включаючи поступлення або передачу іншим контролю над цією особою, тягли за собою ефективні, співрозмірні та такі, що володіють попереджувальним ефектом, кримінально-правові санкції. Інакше кажучи, це рішення вимагає призначення за ініціювання передачі контролю над потерпілим та передачу іншим контролю над особою, яка відбувається завдяки пропозиції або прийняттю платежів чи вигод однакових за ступенем суворості покарань. Тому визнання суб'єкта підкупу виконавцем злочину, передбаченого ч. 1 ст. 149 КК України, поза сумнівів буде сприяти призначенню більш жорсткого покарання, впритул до максимально можливих восьми років позбавлення волі. При цьому слід мати на увазі, що якщо суб'єкт підкупу є одночасно і одержувачем людини (тримає її у себе чи встановлює свій контроль над нею), це обов'язково повинно враховуватися при призначенні покарання як обставина, що характеризує ступінь тяжкості вчиненого злочину на підставі п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України.

Доволі складним у межах злочину, що аналізується, є питання щодо адресата підкупу. Поняття третьої особи, яка контролює потерпілого, ні міжнародно-правові акти, ні чинний КК України не містять.

Можна виокремити дві категорії таких осіб: 1) особи, які наділені певними повноваженнями щодо контролю над потерпілим; 2) особи, які реалізують свої права щодо контролю над потерпілим.

До першої категорії слід віднести, наприклад, командирів військових частин, які за винагороду дають згоду на примусову працю своїх підлеглих, результати якої привласнює роботодавець, начальників установ виконання покарань, які дають згоду на проведення дослідів над засудженими, начальників жіночих виправних колоній, які за певні платежі чи інші вигоди майнового характеру дають згоду на примусову вагітність або її примусове переривання, завідуючих закладами з надання психіатричної допомоги, які погоджуються на видалення органів у своїх пацієнтів, завідуючих дитячими будинками, які за матеріальну винагороду дають згоду на усиновлення (удочеріння) з метою наживи, представників адміністрації закладів охорони здоров'я, навчальних або інших дитячих закладів, у яких дитина постійно проживає, які внаслідок підкупу дають згоду на примусове втягнення таких дітей у зайняття жебрацтвом або у злочинну діяльність тощо.

Оскільки предметом «купівлі-продажу» у таких випадках є певні повноваження, особи, які вдаються до подібних дій, визнаються не тільки адресатом, а й суб'єктом підкупу у формі прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. У зв'язку з цим, їх дії повинні кваліфікуватися за ст. 368 чи ст. 368³ КК України та ч. 2 ст. 149 (передача людини, вчинена службовою особою з використання службового становища).

Таким чином, адресатом підкупу у межах ст. 149 КК України можуть визнаватися виключно особи, які реалізують свої права щодо контролю над потерпілим. До кола цих осіб належать батьки, інші родичі та члени сім'ї (баба, дід, прабаба, прадід, внуки, правнуки, рідні брати та сестри, мачуха, вітчим, пасинок, падчерка), усиновителі, опікуни, піклувальники, патронатні вихователі, прийомні батьки, батьки-вихователі дитячого будинку сімейного типу. Прийомні батьки та батьки-вихователі є законними представниками прийомних дітей і діють як опікуни або піклувальники (ч. 4 ст. 256², ч. 4 ст. 256⁶ СК України).

Разом з цим, звертають на себе увагу ще декілька обставин. По-перше, надання іншій особі контролю над неповнолітнім потерпілим кваліфікується за ч. 2 ст. 149; по-друге, якщо такі дії вчиняють батьки, усиновителі, опікуни чи піклувальники має місце особливо кваліфікований склад цього злочину (ч. 3 ст. 149

КК України); по-третє, надання особою, яка контролює неповнолітнього потерпілого згоди на його експлуатацію іншій особі, є злочином незалежно від того чи отримана вона завдяки підкупу або ні (п. 3 примітки до ст. 149 КК України). Отже, передача контролю над неповнолітнім для його експлуатації є кримінально-караним діянням незалежно від способів та мотивів такої передачі. Звідси виходить, що сфера застосування ч. 1 ст. 149 КК України у частині підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого для отримання згоди на його експлуатацію, обмежується виключно випадками, коли така особа дає згоду на експлуатацію потерпілого, який досягнув повноліття. Це стосується й вербування, переміщення, переховування, передачі або одержання людини, які здійснюються з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану.

Виходячи з того, що згода третьої особи на майбутню експлуатацію дається щодо повністю дієздатного повнолітнього потерпілого, однієї такої згоди буде недостатньо для встановлення свого контролю над ним з боку суб'єкта підкупу. Імовірно, для цього знадобляться додаткові зусилля третьої особи у вигляді умовлянь чи переконань у вигідності чи необхідності такого кроку. Тому ззовні може складатися враження, що запланована експлуатація потерпілого буде відбуватися на добровільних засадах.

З метою уникнення такої ситуації згадані вище міжнародно-правові акти містять положення, відповідно до якого згода жертви торгівлі людьми на заплановану експлуатацію не береться до уваги, якщо було використано будь-який із заходів впливу, включаючи підкуп третьої особи, яка контролює потерпілого. Це положення повинно знайти відображення і у примітці до ст. 149 КК України [127, с. 196].

Підсумовуючи викладене щодо підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію, слід ще раз зазначити, що з точки зору своєї кримінально-правової природи він є способом спеціального підбурювання до вчинення такого злочину, як передача людини (ч. 1 ст. 149 КК України).

2.2. Підкуп як спосіб вчинення злочину

Наступним різновидом загальнокримінального підкупу є підкуп як спосіб вчинення: а) перешкоджання (ст. 386); б) схиляння (ст. 315, ст. 323, ст. 324); в) втягнення (ст. 304); г) впливу (ст. 369³).

Перші три підвиди розглядалися вище. Тут слід лише зазначити, що як і Пленум Верховного Суду УРСР, ПВСУ у своїй чинній постанові від 27 лютого 2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» теж виходить з того, що втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність може досягатися за допомогою психічного впливу, складовою якого є і підкуп (п. 5) [24, с. 273].

Разом з цим слід звернути увагу на те, що у тексті чинного КК України, як і у тексті попереднього КК, законодавець теж далеко не завжди конкретизує характер дій, які визнаються злочином. Це, у свою чергу, дає змогу судовій практиці використовувати поняття підкупу при характеристиці, поряд з перешкоджанням, схилянням та втягненням, й інших дій, зокрема, втручання. Так, згідно з п. 11 постанови ПВСУ від 13 червня 2007 р. «Про незалежність судової влади» під втручанням у діяльність судових органів слід розуміти вплив на суддю у будь-якій формі (прохання, вимога, вказівка, погроза, підкуп, насильство, критика судді в засобах масової інформації до вирішення справи у зв'язку з її розглядом тощо) з боку будь-якої особи з метою схилити його до вчинення чи невчинення певних процесуальних дій або ухвалення певного судового рішення [24, с. 24]. У п. 11 іншої постанови «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів» від 26 червня 1992 р. (в редакції від 3 грудня 1997 р.) Пленум рекомендував під втручанням у діяльність працівника правоохоронного органу розуміти конкретні дії, спрямовані на перешкоду у виконанні цим працівником службових обов'язків або на досягнення прийняття неправомірного рішення. Втручання може виявлятися в умовленні, шантажуванні потерпілого, погрозі відмовити у наданні законних благ, а також у будь-якій іншій

формі впливу [24, с. 193], під якою можна було розуміти і підкуп. Проте не важко помітити, що запропоноване поняття втручання, яке відбувається шляхом підкупу, не виходить за межі перешкоджання, коли суддю чи працівника правоохоронного органу схиляють до невиконання службових обов'язків, яке не є злочином, або схилення до вчинення конкретного злочину – винесення неправосудного рішення (ст. 375 КК України) чи прийняття незаконного рішення (ст. 365, ч. 1 ст. 371, ст. 372 КК України).

Інколи поняття втручання обмежується перешкоджанням у виконанні своїх обов'язків. Так, відповідно до ч. 1 ст. 397 КК України втручання в діяльність захисника чи представника особи полягає у вчиненні в будь-якій формі, у тому числі і шляхом підкупу, перешкод для здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги. Аналогічні положення містить ч. 2 ст. 171 КК України, де мова йде про вплив у будь-якій формі на журналіста з метою перешкоджання виконанню ним професійних обов'язків.

Звідси випливає, що такі законодавчі конструкції, як «вплив у будь-якій формі» (ч. 2 ст. 171, ч. 1 ст. 343), «незаконний вплив у будь-якій формі» (ч. 1 ст. 344), «втручання у будь-якій формі» (ч. 1 ст. 376), «вчинення у будь-якій формі перешкод» (ч. 1 ст. 397) можуть охоплювати собою як один (вплив-діяння), так і два види впливу – вплив-діяння та вплив-схилення. Разом з тим слід зазначити, що адресат підкупу, коли він є способом втручання, може визнаватися суб'єктом злочину не тільки тоді, коли він приймає незаконне рішення (ст. 365, ч. 1 ст. 371, ст. 372, ст. 375), а й тоді, коли він не виконує покладені на нього обов'язки (ст. 364, ст. 365²). У цьому разі кваліфікація дій суб'єкта підкупу ще й як підбурювання до цих злочинів не потрібна, тому що таке втручання є спеціальним видом підбурювання. Невдале втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця, державного діяча або судді, коли в них не виникло наміру вчинити злочин (не виконувати свої службові обов'язки або прийняти незаконне (неправосудне) рішення), утворює готування до відповідних злочинів. Вдале та невдале втручання,

пов'язане зі схилянням зазначених суб'єктів до дій, які не є злочинними, утворює закінчений склад злочину.

Адресатом підкупу при втручанні можуть також виступати журналісти (ч. 2 ст. 171), близькі родичі державного або приватного виконавця (ч. 1 ст. 343 КК України), захисник чи представник особи (ст. 397). У цьому разі суб'єкт підкупу схиляє зазначених осіб до неправомірних дій, які злочином не визнаються – невиконання професійних журналістських обов'язків, втручання в діяльність працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця з боку їх близьких родичів, невиконання своїх обов'язків захисником чи представником особи. Тому він несе відповідальність за сам факт втручання. Оскільки згадані особи не є суб'єктом злочину, питання щодо кваліфікації таких дій як вчинених у співучасті не постає. Якщо ж цих осіб схиляють шляхом підкупу до вчинення злочину (наприклад, захисника схиляють до складання чи видачі завідомо підробленого офіційного документа), вчинене повинно кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27 та ч. 2 ст. 358 КК України (загальне підбурювання).

У літературі пропонується і дещо інше вирішення питання щодо кримінально-правової оцінки втручання. Насамперед, наголошується на тому, що це діяння повинно визнаватися закінченим злочином з моменту здійснення самого втручання незалежно від того чи призвело воно до прийняття незаконного або винесення неправосудного рішення [25, с. 720, 853]. Далі зазначається, що втручання в діяльність судді містить ознаки підбурювання до злочинів, передбачених ст. ст. 364, 368, 375 КК України, тому вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – як втручання в діяльність судді та підбурювання до іншого злочину. Якщо таке схилення не вдалося, вчинене слід кваліфікувати за ст. 376 і як готування до іншого злочину. Якщо внаслідок підбурювання суддею було вчинено злочин, дії винного слід кваліфікувати за ст. 376 КК України і як співучасть (ч. 4 ст. 27 КК України) у вчиненні того злочину, виконавцем якого є суддя [25, с. 854]. Як видається, такий підхід ґрунтується на ігноруванні тієї обставини, що втручання в діяльність судді шляхом підкупу є і спеціальним видом підбурювання та штучно розширює підстави кримінальної відповідальності суб'єкта такого втручання.

Аналіз судової практики застосування ст. 376 КК України свідчить про те, що вона йде своїм шляхом, не диференціюючи вплив-діяння та вплив-схилення, визнаючи втручання закінченим злочином незалежно від його результатів і не піддаючи самостійній оцінці невдале втручання. Так, наприклад, вироком Бородянського районного суду Київської області від 19 червня 2012 р. за ч. 1 ст. 376 КК України був засуджений гр. О., який дочекавшись, коли суддя буде повертатися з роботи додому та зустрівши її, заявив, що вона повинна винести рішення на користь позивача, а в іншому випадку розмова з нею буде інакшою, висловивши на її адресу неконкретизовану погрозу. Того ж вечора суддя звернулася до прокуратури міста Ірпеня з відповідною заявою [128]. Вироком Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 8 червня 2015 р. за ч. 1 ст. 376 був засуджений гр. О., який перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, будучи обізнаним, що відносно нього в провадженні судді Покровського районного суду Дніпропетровської області Л. знаходиться справа про адміністративне правопорушення за ч. 1 ст. 130 КУпАП, зателефонував до приймальні цього суду і переказав в грубій нецензурній формі судді Л., щоб вона не виносила ніякого рішення щодо нього, висловивши при цьому на її адресу неконкретизовану погрозу фізичною розправою. Суддя Л. сприйняла цю погрозу як реальну та звернулася із заявою до органів прокуратури [129].

Об'єктивна сторона діяння, передбаченого ст. 376 КК України, представлена двома формами: 1) втручання в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків; 2) втручання в діяльність судді з метою добитися винесення неправосудного рішення. У першому випадку суддю схиляють до вчинення дій, які самі по собі не є злочинними: надання пояснень щодо розглянутих справ або справ, які знаходяться в його провадженні, надання інформації про перспективи розгляду справи або інформації, яка може надаватися лише сторонам, надання матеріалів судових справ без належного документального оформлення, надання пояснень з питань, що були предметом обговорення в нарадчій кімнаті тощо. Тому у цій формі злочин повинен визнаватися закінченим з моменту самого втручання незалежно від подальших дій адресата такого непроцесуального впливу.

У другому випадку, суддю схилиють до винесення неправосудного рішення, тобто до вчинення злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Тому у цій частині ст. 376 КК України є спеціальним видом підбурювання до постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Як вже зазначалося, спеціальне підбурювання охоплює собою тільки вдале схилення, оскільки інше вирішення питання буде суперечити ч. 4 ст. 27 КК України. Звідси виходить, що невдале втручання в діяльність судді з метою добитися винесення неправосудного рішення повинно кваліфікуватися як готування до постановлення завідомо неправосудного рішення у формі підшукування співучасників (ч. 1 ст. 14 та ст. 375 КК України). У наведених вище прикладах суддів схилили саме до винесення неправосудних рішень і, виходячи з матеріалів цих проваджень, таке схилення було невдалим. А це означає, що кваліфікація дій винних за ст. 376 КК України є необґрунтованою.

Не є прийнятною і доволі поширена рекомендація щодо кваліфікації дій суб'єкта підкупу при втручанні за сукупністю злочинів, передбачених ст. ст. 343, 344, 376 та ст. 369 КК [25, с. 720, 722, 854], оскільки ці норми є спеціальними, а шкода заподіюється не службовій діяльності чи професійній діяльності, пов'язаній з наданням публічних послуг, а авторитету органів державної влади чи правосуддю. Як вже зазначалося, такі дії не утворюють множинності (якщо підкуп при втручанні додатково оцінити за ст. 369 КК України, стає незрозумілим, у чому саме в такому випадку буде полягати втручання. Давання хабара по суті теж було способом схилення службової особи до його одержання. Проте думки щодо необхідності кваліфікації таких дій, крім ст. 369, ще й за ч. 4 ст. 27 та ст. 368 ніхто не висловлював). Тому пропозиції щодо кваліфікації їх за сукупністю злочинів суперечать ч. 1 ст. 61 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

Дії адресата підкупу при втручанні у його діяльність можуть утворювати сукупність, оскільки отримання ним винагороди є злочином незалежно від характеру його подальших дій (ст. 368, ст. 368⁴ та ст. ст. 364, 365², 366 тощо).

У літературі цілком слушно звертається увага на те, що сам факт одержання незаконної винагороди службовою особою ще не свідчить про її підкуп, оскільки обов'язково треба встановити за що саме таку винагороду було одержано. Як зазначає М.І. Мельник, «матеріальні цінності, одержані посадовою особою будуть визнаватися хабаром тоді, коли буде встановлено, що вони передавались-одержувались за виконання чи невиконання посадовою особою певних дій» [26, с. 85]. Однак виконання чи невиконання службовою особою відповідних дій перебуває за межами об'єктивної сторони одержання хабара. Тому згідно з усталеною у вітчизняній кримінально-правовій доктрині точкою зору, вчинення службовою особою завдяки отриманій винагороді певних дій, які самі по собі є злочинами (так зване «лихоїмство»), повинно кваліфікуватися за ст. 368 і статтею Особливої частини, яке передбачає відповідальність за той чи інший злочин. Проте таке однозначне вирішення питання теж подекуди може призводити до подвійного інкримінування. Це, насамперед, стосується ситуацій, коли втручання у діяльність того чи іншого суб'єкта відбувається шляхом підкупу. Так, наприклад, завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою, вчинені слідчим чи прокурором завдяки підкупу, утворюють склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 371 (за ознакою вчинення цих дій з корисливих мотивів), та склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 368 (одержання неправомірної вигоди службовою особою, яка займає відповідальне становище). У коментарях, як правило, зазначається, що такі дії потребують кваліфікації за сукупністю злочинів. За сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 375 (постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови, вчинене з корисливих мотивів) та ч. 3 ст. 368 (згідно п. 2 примітки до ст. 368 суддя є службовою особою, яка займає відповідальне становище, як і слідчий або прокурор), пропонується кваліфікувати і постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови [18, с. 932, 942]. Така рекомендація є необґрунтованою. Дійсно, чинне кримінальне законодавство України відповідальність за «мздоїмство» та «лихоїмство» не диференціює. Однак це зовсім не означає, що вчинення службовою особою в інтересах суб'єкта підкупу незаконних (злочинних) дій, вимагає обов'язкової

кваліфікації за сукупністю. Така кваліфікація повинна виключатися, коли законодавець враховує наявність корисливої мотивації при вчиненні відповідних дій адресатом підкупу. Ця мотивація є кваліфікуючою ознакою злочинів, передбачених ч. 3 ст. 371 та ч. 2 ст. 375 КК України. Тобто у випадку вчинення зазначених тут дій завдяки підкупу, ці статті є спеціальними щодо ч. 3 ст. 368 і, виходячи з правил кваліфікації при конкуренції статей, які передбачають загальну та спеціальну норму, застосовуватися повинні саме вони. В іншому випадку подвійне вмінення стає неминучим. Тому додаткова оцінка вчинених службовою особою завдяки підкупу злочинних дій є можливою лише за умови, що законодавець не передбачає як їх кваліфікуючу ознаку наявність корисливої мотивації (наприклад, ст. 368 та ст. 366 – службове підроблення, вчинене службовою особою завдяки підкупу, ст. 368 та ст. 365 – застосування працівником правоохоронного органу адміністративного арешту до особи, яка не досягла вісімнадцяти років (ст. 32 КУпАП) завдяки підкупу, ст. 368 та ст. 372 – притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою завдяки підкупу тощо). Разом з тим слід зазначити, що злочини, передбачені ч. 3 ст. 371 та ч. 2 ст. 375, визнаються закінченими з моменту затримання, приводу, домашнього арешту чи тримання під вартою або з моменту проголошення судового акту. Таким чином, одержання слідчим, прокурором або суддею матеріальної винагороди за вчинення цих дій може розглядатися лише як готування до злочинів, передбачених ч. 3 ст. 371 або ч. 2 ст. 375 КК України. Одночасно такі дії утворюють закінчений склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 368 КК України (одержання неправомірної вигоди службовою особою, яка займає відповідальне становище). Згідно з існуючими у кримінально-правовій науці правилами кваліфікації у тому випадку, коли готування до певного злочину становить одночасно інший закінчений злочин, перевага надається статті, яка передбачає такий закінчений злочин [100, с. 281].

Викладене дозволяє зробити висновок, що оцінка дій слідчого, прокурора або судді за ст. 368 КК України є можливою лише тоді, коли вони, отримавши матеріальну винагороду, добровільно відмовилися від вчинення зазначених у

диспозиції ст. 371 або ст. 375 дій, оскільки у цьому разі фактично вчинене ними діяння містить склад іншого злочину (ч. 2 ст. 17 КК України) або їх діяльність була припинена на стадії готування. Якщо ж дії, передбачені ст. 371 або ст. 375, були доведені до кінця, має місце кваліфікований склад цих злочинів за ознакою вчинення їх з корисливих мотивів. Додаткова кваліфікація таких дій ще за ст. 368 КК України є зайвою, оскільки вона призводить до подвійного інкримінування і порушує вимоги ч. 1 ст. 61 Конституції України.

Слід звернути увагу й на те, що кваліфікуючою обставиною злочинів, передбачених ст. 371 та ст. 375, визнається вчинення їх не тільки з корисливих мотивів, а й в інших особистих інтересах. У літературі зазначається, що під корисливим мотивом потрібно розуміти прагнення особи отримати не будь-яку, а лише матеріальну вигоду (отримати майно або право на нього, звільнитися від матеріальних витрат тощо). Під іншими особистими інтересами розуміються будь-які, крім корисливих, інтереси, включаючи і бажання отримати будь-яку вигоду нематеріального (немайнового) характеру [102, с. 95].

Таким чином, підкуп, коли він виступає способом втручання в діяльність працівника правоохоронного органу чи в діяльність судових органів, може мати як матеріальне, так і нематеріальне (просування по службі, протегування, моральне заохочення від начальства, похвальна характеристика тощо) вираження, що зближує його з поняттям неправомірної вигоди, яке використовується при характеристиці корупційного підкупу і остаточно позбавляє необхідності додаткової оцінки такого втручання за ст. 368 КК України.

Проте певні суперечності, пов'язані з оцінкою втручання в діяльність працівника правоохоронного органу або судді, яке відбувається шляхом підкупу, все ж таки існують. Так, отримання цими суб'єктами матеріальної або нематеріальної вигоди за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою або за постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови утворює закінчений склад злочину, передбачений ч. 3 ст. 368 КК України. Цей злочин визнається корупційним з усіма правовими наслідками. Карається він позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати

певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, з конфіскацією майна. У той же час санкція ч. 3 ст. 371 КК України не містить такого обов'язкового додаткового покарання, як конфіскація майна, а санкція ч. 2 ст. 375 є суттєво більш м'якою – позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років. До того ж, обидва злочини не є корупційними. Таким чином, отримання вигоди тягне більш серйозні наслідки, ніж вчинення в інтересах вигододавця злочинів, передбачених ст. 371 або ст. 375 КК України, тобто за великим рахунком, готування до цих діянь карається більш жорстко, ніж самі закінчені злочини. Виходом з цієї ситуації могло б бути скасування вказівки на корисливу мотивацію у ч. 3 ст. 371 та ч. 2 ст. 375 та обмеження поняття «інші особисті інтереси» такими мотивами, як помста, заздрість, особиста неприязнь тощо, виключивши з нього бажання отримати будь-яку вигоду нематеріального (немайнового) характеру. Існування такої кваліфікуючої обставини, як корислива мотивація є виправданим тільки у тих випадках, коли адресат підкупу не є його суб'єктом, наприклад, ч. 2 ст. 384 КК України.

Слід зазначити, що законодавець подекуди все ж таки конкретизує способи впливу, які може використовувати винний, безпосередньо у тексті диспозиції статті Особливої частини КК України. Саме такий підхід знайшов відображення у ч. 1 ст. 369³, відповідно до якої вплив на результати офіційних спортивних змагань може відбуватися шляхом підкупу, примушування, підбурювання або вступу у змову.

Як зазначалося вище, суб'єктом впливу на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу можуть бути лише спортсмени, особи допоміжного персоналу та посадові особи у сфері спорту. Аналогічні дії загальних суб'єктів повинні кваліфікуватися за відповідними частинами ст. ст. 354, 368, 368³ та ст. 369 КК України. Таке законодавче вирішення питання у літературі розцінюється як відверто недолуге. На думку К.П. Задої, оскільки вплив у всі інші способи, передбачені ч. 1 ст. 369³ КК, може вчинятися загальним суб'єктом злочину, то й підкуп в активній формі також слід вважати таким, що може вчинятись будь-якою особою [130].

Ця позиція цілком заслуговує на підтримку. Більше того, запропоноване тлумачення йде на користь суб'єкта підкупу, про який йдеться у ч. 1 ст. 369³ КК

України, оскільки діяння, передбачені ст. 354, 368, 368³ та ст. 369, є корупційними злочинами і їх застосування суттєво погіршить становище такого суб'єкта на відміну від спортсмена, особи допоміжного спортивного персоналу і навіть посадової особи у сфері спорту.

Проте таке поширювальне тлумачення навряд чи є виправданим, оскільки воно фактично ігнорує позицію законодавця і не уточнює зміст закону, а надає йому нового сенсу. Тому оптимальним рішенням було внесення відповідних доповнень до згаданого вище Закону України, особливо у площині зробленого висновку про неможливість розуміння загальнокримінального та корупційного підкупів як суміжних складів злочинів.

Погоджуючись з тезою щодо суперечливого вирішення питання стосовно суб'єктного складу, варто додати, що не можна визнати вдалою й диспозицію ч. 1 ст. 369³ КК України взагалі. Так не зовсім зрозуміло, хто є суб'єктом одержання неправомірної вигоди, коли вплив на результати офіційних спортивних змагань вчиняється шляхом підкупу. На думку А.А. Савченка і О.В. Кришевич, у ч. 1 ст. 369³ КК України йдеться саме про «пасивний» підкуп [18, с. 314], тобто суб'єктом одержання вигоди є виключно спортсмени, особи допоміжного спортивного персоналу або посадові особи у сфері спорту. К.П. Задоя вважає, що дії спортсмена, особи допоміжного спортивного персоналу, яка бере участь у спортивному змаганні, або посадової особи у сфері спорту, що вчинили вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом пасивного підкупу, не потребують додаткової оцінки ще й як одержання неправомірної вигоди для себе [130]. З цього випливає, що суб'єктом одержання неправомірної вигоди є особа, яка вдається до активного підкупу, оскільки вона це робить саме з метою одержання такої вигоди, як, до речі й особа, яка з цією ж метою вдається до примушування, підбурювання або вступає у змову із особою, зазначеною у ч. 3 ст. 6, ч. 4 ст. 8 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань». Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 369³ КК України дозволяє погодитися саме з останньою точкою зору.

Однак, висновок про те, що суб'єкт одержання неправомірної вигоди для себе чи для третьої особи внаслідок впливу на результати офіційних спортивних змагань є загальним, буде суперечити положенням базового Закону від 3 листопада 2015 р., відповідно до ч. 2 ст. 8 якого корупційним правопорушенням є отримання спортсменами, особами допоміжного персоналу чи посадовими особами у сфері спорту грошей, цінних паперів, іншого майна, користування послугами, отримання інших вигід і переваг внаслідок підкупу, примушування, підбурювання чи вступу у змову. Тобто одержання неправомірної вигоди згідно з цим Законом може вчинятися виключно спеціальними суб'єктами.

Запропонована у ч. 1 ст. 369³ КК України законодавцем конструкція ґрунтується на змішуванні двох видів підкупу – підкупу-способу та підкупу-діяння. Спочатку підкуп використовується як спосіб впливу на результати офіційних спортивних змагань, тобто як спосіб перешкоджання спортсмену, особі допоміжного спортивного персоналу у виконанні спортивних або професійних обов'язків. Оскільки йдеться про підкуп як спосіб вчинення злочину його адресат не може розглядатися в якості його суб'єкта (такий висновок аргументувався вище). Тому прийняття пропозиції, обіцянки або навіть отримання зазначеними суб'єктами неправомірної вигоди не повинні визнаватися кримінально-караними, якщо маніпулювання спортивними змаганнями не відбулося. Якщо ж завдяки діям спортсменів чи інших осіб, зазначених у ч. 3 ст. 6 Закону від 15 листопада 2015 р., результати офіційних спортивних змагань були реально змінені, вони стають суб'єктами злочину – одержання неправомірної вигоди. Тут законодавець намагається позиціонувати підкуп одночасно і як кримінально-каране діяння, вірогідно орієнтуючись на зарубіжне кримінальне законодавство, де такий підкуп розглядається як окремий злочин, об'єктивна сторона якого має дві форми: 1) підкуп спортсмена або інших осіб; 2) отримання ними грошей, цінних паперів або іншого майна (наприклад, ст. 184 КК РФ). Але якщо одержання неправомірної вигоди розуміти як самостійний злочин, важко пояснити звідки береться така вигода. К.П. Задоя зазначає, що одержання неправомірної вигоди внаслідок впливу на результати офіційних спортивних змагань являє собою набуття у володіння вигоди: 1) переданої іншою особою як винагорода за вчинення одержувачем впливу на

результати офіційних спортивних змагань; 2) одержаної внаслідок здійснення такого впливу (зокрема, як виграш від ставок на спорт) [130]. Однак, одержання неправомірної вигоди в результаті порушення заборони розміщення ставок на спорт передбачено ч. 3 ст. 369³ як самостійний злочин. Що ж стосується вигоди, переданої іншою особою, то вона вже мала місце при схилянні спортсмена чи інших осіб до впливу на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу. Тому залишається припустити, що у випадку одержання зазначеними у ч. 3 ст. 6 Закону від 15 листопада 2015 р. особами неправомірної вигоди це або та ж сама вигода, або суб'єкт повинен вчинити подвійний підкуп, перший раз схиляючи згаданих осіб до впливу, а другий – передаючи вигоду як винагороду за вчинений вплив.

Так або інакше, такий підхід не можна визнати вдалим. Тому законодавцю треба чітко визначитися, який саме вид підкупу слід використовувати у даному випадку.

Як вже зазначалося, кримінальні кодекси зарубіжних країн переважно розглядають такий підкуп як кримінальне правопорушення. Так, наприклад відповідно до ст. 201 КК Республіки Вірменія 2003 р. (підкуп учасників і організаторів професійних спортивних змагань та видовищних комерційних конкурсів) суб'єктами пасивного підкупу визнаються спортсмени, спортивні судді, тренери, організатори професійних змагань, а суб'єктами активного підкупу – будь-які особи, тобто загальні суб'єкти. Такий підхід, поза сумнівів, є більш зрозумілим. Але при цьому ігнорується та обставина, що предметом підкупу як самостійного злочину повинні виступати не загальні або спеціальні (спортивні) права та обов'язки адресата підкупу, а його повноваження. В іншому випадку безпідставне розширення меж кримінальної відповідальності за отримання незаконної винагороди та повне змішування різних за своїм статусом видів підкупу стає неминучим.

Підкуп-спосіб, вірогідно, може бути використаний у тих випадках, коли йдеться про перешкоджання у виконанні спортивних або професійних обов'язків. Такі обов'язки покладені на спортсменів та осіб допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні. Ці особи можуть визнаватися суб'єктами злочину (але не підкупу), якщо вчинені ними дії передбачені як такі у чинному КК. Що ж стосується посадових осіб у сфері спорту, то їх підкуп цілком

може розглядатися як окремий злочин, оскільки вони виконують не загальні та спеціальні обов'язки, а здійснюють певні повноваження. Однак при цьому не зовсім зрозуміло, навіщо законодавець виокремлює в якості суб'єкта протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань посадових осіб у сфері спорту. Відповідно до ст. 1 згаданого вище Закону посадова особа у сфері спорту – це власник, акціонер, керівник чи працівник юридичної особи, яка організовує і сприяє спортивним змаганням, а також особи, уповноважені на проведення офіційного спортивного змагання; керівники і працівники міжнародної спортивної організації, інших компетентних спортивних організацій, що визнають змагання. По-перше, відповідальність керівників юридичних осіб публічного чи приватного права, а також працівників юридичних осіб незалежно від форм власності за підкуп передбачена іншими статтями КК України (ст. ст. 368, 369, 368³, 354 відповідно). Та обставина, що зазначені особи виконують відповідні функції у сфері спорту, позбавлена жодних кримінально-правових особливостей, оскільки ці функції нічим не відрізняються від тих чи інших функцій у сфері культури, науки, оборони тощо. По-друге, за такого підходу з'являється нове поняття посадової особи, яке охоплює собою як керівників, так й інших працівників юридичної особи, що дещо суперечить існуючому підходу до визначення поняття службової особи (ч. 3 ст. 18, примітка до ст. 364 КК України) і неминуче буде викликати певні складнощі у процесі правозастосування. До речі, Конвенція Ради Європи проти маніпулювання спортивними змаганнями від 18 вересня 2014 р., підписантом якої є і Україна, поняттям «посадова особа у сфері спорту» не оперує, розглядаючи як учасника змагань, поряд із спортсменом та його допоміжним персоналом, офіційну особу – власника, акціонера, члена виконавчого комітету чи штатного співробітника юридичної особи, яка організовує і сприяє спортивним змаганням, а також суддів, членів журі та будь-яких інших акредитованих осіб. Цей термін згідно з підпунктом «с» пункту 6 ст. 3 Конвенції охоплює також керівників і співробітників міжнародної спортивної організації чи, у разі необхідності, іншу компетентну спортивну організацію, яка визнає змагання. Відповідно до ст. 15 Конвенції кожна сторона забезпечує, щоб її національне законодавство передбачало кримінальні санкції за маніпулювання спортивними змаганнями, коли це стосується примусової,

корупційної або шахрайської діяльності як це визначено її внутрішнім законодавством. Кожна сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання кримінальними злочинами відповідно до свого внутрішнього законодавства, якщо вони вчинені умисно, пособництва і підбурювання до вчинення будь-якого із кримінальних злочинів, зазначених у ст. 15 цієї Конвенції (ст. 17). Кожна сторона вживає таких законодавчих або інших заходів, які можуть бути необхідними, щоб юридичні особи могли бути притягнуті до відповідальності за злочини, зазначені у ст. ст. 15-17 цієї Конвенції, скоєні в їх інтересах будь-якою фізичною особою, яка діє окремо або в складі органу юридичної особи (ст. 18) [132].

Не важко помітити, що вітчизняний законодавець при конструюванні норми, передбаченої ч. 1 ст. 369³ КК України, пішов шляхом механічного запозичення відповідних положень Конвенції (хоча можливість застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб відповідно до ст. 96³ КК України передбачена не була), фактично не враховуючи власних внутрішніх приписів, внаслідок чого підбурювання, примус та підкуп, всупереч ч. 4 ст. 27 КК України стали розумітися як окремі (самостійні) способи впливу на результати офіційних спортивних змагань, з'явилося нове поняття посадової особи, яке охоплює як керівника, так і іншого працівника тощо. Поза сумнівів, підкуп спортсменів (ст. 354 КК України не охоплювала собою випадки підкупу спортсменів, які не перебувають у трудових відносинах з певною юридичною особою), їх допоміжного персоналу та інших офіційних осіб у сфері спорту (зокрема, власників спортивних клубів, спортивних суддів, організаторів спортивних змагань) потребував криміналізації (судова практика радянських часів, яка визнавала, наприклад, головних суддів календарних матчів чемпіонату СРСР з футболу, у разі отримання ними винагороди від начальників команд за необ'єктивне суддівство, суб'єктами одержання хабара [19, с. 1012] виходила з розширювального тлумачення поняття посадової особи, що не можна вважати обґрунтованим. Теж саме стосується і будь-яких тренерів, які визнавалися суб'єктами отримання хабара від спортсменів за сприяння у тому, щоб взяти участь у спортивних змаганнях [19, с.

1012]), але це слід було б робити, як на тому наполягає Конвенція, із урахуванням положень свого внутрішнього законодавства.

Оцінюючи законодавче рішення щодо криміналізації протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань, крім відверто невдалого встановлення суб'єктного складу та ознак об'єктивної сторони цього злочину, хотілося б звернути увагу ще на декілька моментів.

По-перше, некоректним видається використання такого словосполучення, як «вплив на результати шляхом підкупу, примушування, підбурювання чи вступу у змову», оскільки вплив на результати за допомогою таких способів є об'єктивно неможливим (на результати не можна тиснути чи з ними домовлятися). Вплив завжди може бути спрямований тільки на конкретну особу, яка завдяки йому здатна скорегувати свою поведінку. Не даремно у всіх вітчизняних законодавчих конструкціях, де йдеться про вплив у будь-якій формі, його адресатом визнається виключно особа: працівник правоохоронного органу, судовий експерт, працівник органу державної виконавчої служби, приватний виконавець, їх близькі родичі (ч. 1 ст. 343), державний діяч (ч. 1 ст. 344), суддя (ч. 1 ст. 376), журналіст (ч. 2 ст. 171) тощо.

По-друге, згадана Конвенція Ради Європи наполягає на встановленні її сторонами кримінальних санкцій саме за маніпулювання спортивними змаганнями, яке містить примусову, корупційну або шахрайську складову. Суб'єкти такого маніпулювання можуть бути лише спеціальними. Тому саме на їх діях і повинні бути зосереджені акценти при криміналізації. Що ж стосується суспільної небезпеки впливу на спортсмена, особу допоміжного спортивного персоналу або офіційну особу у сфері спорту, то вона, як видається, полягає у схиленні їх до вчинення такого злочину, як маніпулювання спортивним змаганнями, оскільки іншого сенсу у застосуванні впливу, виходячи як зі змісту Конвенції, так і змісту вітчизняного профільного Закону від 3 листопада 2015 р. просто немає. Звідси випливає, що конструювання в Особливій частині КК України такого спеціального виду підбурювання, як схилення до маніпулювання спортивними змаганнями взагалі є зайвим. Ця проблема цілком може бути вирішена шляхом застосування ч. 4 ст. 27 КК України. Як вже зазначалося, підкуп у межах ст. 369³ КК України не може

полягати у подяці спортсменові, особі допоміжного спортивного персоналу, яка бере участь у спортивному змаганні, або офіційній особі у сфері спорту, якщо домовленість про надання та одержання певних благ була досягнута після того, коли вже настав бажаний для їх надавача результат спортивних змагань, що повністю відповідає юридичній природі підкупу як способу вчинення підбурювання до злочину. Важливою є і та обставина, що мета, яку переслідує підбурювач, не має значення для кваліфікації. Тому немає й особливого сенсу у тому, щоб у статтях Особливої частини пов'язувати його дії з метою одержання неправомірної вигоди. До того ж, суб'єктом її одержання підбурювач не визнається.

Термін «маніпулювання» відомий і вітчизняному кримінальному законодавству (ст. 221¹ КК України). Тут він пов'язується з умисними діями учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах. Маніпулювання спортивними змаганнями за своїм характером є аналогічними діями, які завжди спрямовані на одержання суб'єктом такого маніпулювання неправомірної вигоди. Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону України від 3 листопада 2015 р. маніпулювання спортивними змаганнями – це умисне вчинення корупційного правопорушення, спрямованого на некоректні зміни ходу спортивного змагання чи його результату шляхом повного або часткового виключення непередбачуваного характеру змагань і досягнення наперед визначеного їх наслідку з метою отримання будь-якої неправомірної переваги для себе чи інших осіб.

По-третє, конструкція, запропонована законодавцем у ч. 1 ст. 369³ КК України, дещо не узгоджується з базовим Законом від 3 листопада 2015 р. Згідно з ч. 3 ст. 8 цього Закону корупційним правопорушенням, що впливає на результати офіційних спортивних змагань, є підкуп спортсменів, осіб допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні, посадових осіб у сфері спорту, примушування або підбурювання їх до таких діянь (тобто до підкупу – В.Б.) чи вступання з ними у змову стосовно результату офіційного спортивного змагання. Про наявність такої домовленості може свідчити і отримання неправомірної вигоди

відповідним суб'єктом за забезпечення некоректного результату офіційного спортивного змагання. Тобто, з точки зору цього Закону, корупційним правопорушенням є підкуп, який може вважатися закінченим злочиним з моменту отримання спортсменами, особою допоміжного персоналу чи посадовою особою у сфері спорту неправомірної вигоди, незалежно від того, чи відбулося реальне маніпулювання спортивними змаганнями, а також примушування та підбурювання до підкупу. З точки зору чинного КК України, підкуп, примушування, підбурювання чи вступ у змову розглядаються як окремі способи впливу на результати офіційних спортивних змагань. Таким чином, базовий Закон розглядає підкуп спортсменів та інших осіб як самостійне кримінальне правопорушення, а КК України – як спосіб вчинення злочину – протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань. Швидше за все, ні той, ні інший варіант не є прийнятним. Як вже зазначалося, при підкупі, коли він розглядається як окремий злочин, купуватися повинні повноваження, а не спортивні чи професійні права та обов'язки, а при підкупі як способі вчинення злочину (перешкоджання, втручання тощо) суспільна небезпека повинна створюватися самим фактом впливу, чого немає у випадку із спортсменами чи особами допоміжного персоналу, оскільки законодавець визнає небажаною не будь-яку їх поведінку, пов'язану з невиконанням певних обов'язків, а виключно умисне маніпулювання спортивними змаганнями [131, с. 222-224].

Підсумовуючи викладене, можна запропонувати таку назву та редакцію ч. 1 ст. 369³ КК України:

«Стаття 369³ Маніпулювання спортивними змаганнями

1. Маніпулювання спортивними змаганнями, тобто умисні дії, спрямовані на некоректні зміни ходу спортивного змагання чи його результату, вчинені спортсменами, особами допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні, або офіційними особами у сфері спорту з корисливих мотивів, – карається ...».

Дії осіб, які підбурювали суб'єктів цього злочину до такого маніпулювання, можуть кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27 КК України. При цьому вдале підбурювання, коли у зазначених суб'єктів виникла рішучість вчинити маніпулювання спортивними змаганнями, у тому числі й завдяки отриманій винагороді, повинно

кваліфікуватися за ч. 1 ст. 369³ з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України, а невдале – розцінюватися як готування до цього злочину, який належить до категорії діянь середньої тяжкості. Як готування до маніпулювання спортивними змаганнями слід розглядати і дії спортсменів, осіб допоміжного спортивного персоналу та офіційних осіб у сфері спорту, які вступили у змову з іншими особами, у тому числі й з такими ж самими суб'єктами. Якщо два чи більше спеціальних суб'єкта цього злочину за попередньою змовою вчинили маніпулювання спортивними змаганнями, ця обставина повинна враховуватися судом як обтяжуюча покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК України).

Як видається, запропонований підхід є більш зрозумілим та таким, що повністю відповідає внутрішньому законодавству, на що, до речі і націлює згадана Конвенція Ради Європи.

Проте не важко помітити, що за такого підходу дещо зникає корупційне підґрунтя діяння, передбаченого ст. 369³ КК України, хоча національний базовий Закон від 3 листопада 2015 р. присвячений запобіганню впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань. Саме цей аспект і намагався відобразити законодавець через такі поняття, як підкуп та неправомірна вигода. Але маніпулювання спортивними змаганнями не може бути зведено виключно до діянь корупційного характеру. Не наполягає на обов'язковому наділенні таким статусом маніпулювання спортивними змаганнями і Конвенція 2014 р., наголошуючи лише на необхідності передбачити кримінальні санкції за таке діяння і залишаючи вирішення питання щодо його статусу за національним законодавцем. А виходячи з положень вітчизняного антикорупційного законодавства, маніпулювання спортивними змаганнями, вчинене спортсменами та особами допоміжного спортивного персоналу, які не перебувають у трудових відносинах з певною юридичною особою, не може визнаватися корупційним діянням (ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»), хоча автором обґрунтовувалася позиція, згідно з якою суб'єктами пасивного корупційного підкупу не можуть виступати і працівники підприємств, установ чи організацій, а також особи, які працюють на користь підприємства, установи чи організації і які виконують суто професійні функції [133, с. 172-173]. Не випадково, діяння,

передбачене ст. 369³ КК України, як корупційний злочин не розглядається (примітка до ст. 45 КК України). Що ж стосується власне корупційних діянь, які вчиняються посадовими особами у сфері спорту, то ця проблема може вирішуватися шляхом застосування ст. ст. 368, 368³ та ст. 369, які належать до кола корупційних.

Корегування ознак об'єктивної сторони діяння, передбаченого ст. 369³ КК України, робить ще більш очевидним той факт, що цей злочин немає нічого спільного зі злочинами у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, і повинен розглядатися як посягання у сфері господарської діяльності, оскільки спорт на сьогодні – це звичайна сфера бізнесу. Саме такий статус цей злочин має і у законодавстві інших країн (наприклад, ст. 184 КК РФ, ст. 201 КК Республіки Вірменія, ст. 253 КК Республіки Білорусь тощо).

2.3. Підкуп як самостійне кримінальне правопорушення

Як вже зазначалося, у національному законодавстві загальнокримінальний підкуп представлений і як окреме правопорушення (ст. 160 КК України). Надаючи підкупу виборця чи учасника референдуму статусу окремого злочину та визнаючи їх суб'єктами пасивного підкупу (ч. 1 ст. 160 КК України), вітчизняний законодавець, швидше за все, орієнтувався на кримінальні кодекси інших країн, де подібний підхід знаходить підтримку, наприклад, ст. 281 КК Швейцарії [134, с. 256], ч. 1 § 265 КК Австрії [135, с. 294], § 105 Загальногромадянського кримінального кодексу Норвегії [136, с. 125-126].

Звертає на себе увагу та обставина, що у кримінальних кодексах європейських країн статус такого діяння, як отримання виборцем певної винагороди принципового значення не має. Воно позиціонується і як хабарництво при проведенні виборів або всенародного голосування (§ 265 КК Австрії), і як підкуп на виборах (ст. 281 КК Швейцарії), і як злочин, що стосується здійснення громадянських прав (глава 10 Загальногромадянського кримінального кодексу Норвегії).

Однак, з позицій вітчизняного кримінального законодавства питання щодо статусу такого діяння, як отримання виборцем чи учасником референдуму певної

винагороди, є принциповим. Ці суб'єкти ніколи не розглядалися як службові (посадові) особи. Тому жоден з національних кримінальних кодексів (1922, 1927, 1960 та 2001 років) не визнавав їх як суб'єктів отримання хабара. Звідси випливало, що використання терміну «хабарництво» при характеристиці дій, пов'язаних з наданням-отриманням певної винагороди особі, яка має право голосу, було неприйнятним.

Виходячи з цього, український законодавець розглядав підкуп виборця як спосіб перешкоджання йому у здійсненні свого активного чи пасивного виборчого права (ст. 127 КК УРСР 1960 р., первісна редакція ст. 157 КК України 2001 р.).

Розробники норми, передбаченої ст. 160 КК України, при її конструюванні орієнтувалися не тільки на відповідні приписи кримінальних кодексів зарубіжних країн, а й, вірогідно, на національні положення щодо підкупу, передбаченого ст. 368, ст. 368³, ст. 368⁴, ст. 369 КК України, у зв'язку з чим підстава кримінальної відповідальності виборця або учасника референдуму за одержання неправомірної вигоди (прийняття її пропозиції чи обіцянки) була пов'язана з вчиненням чи невчиненням останніми дій, які впливають з безпосередньої реалізації ними свого виборчого права або права голосу, незалежно від їх фактичного волевиявлення або результатів голосування.

Тобто, підставу кримінальної відповідальності законодавець вбачає у самому факті купівлі-продажу виборчого права або права голосу незалежно від подальшої поведінки адресата підкупу. Однак при цьому фактично ігнорується та обставина, що предметом купівлі-продажу у межах згаданих вище статей є владні повноваження чи службове становище (ст. ст. 368, 369 КК України) або наданні повноваження (ст. ст. 368³, 368⁴) чи становище (ст. 354). Як слушно зазначається у літературі, суб'єкти, які наділені певними повноваженнями, свідомо недотримуються порядку (правил) виконання своїх повноважень, діючи всупереч інтересам служби та беручи на себе ризики відповідальності у випадку виявлення цих правопорушень [137, с. 46]. Інакше кажучи, суб'єкти тих чи інших повноважень діють всупереч інтересам тих, хто доручив їм їх виконання (держави, юридичних осіб приватного права, сторін колективного трудового спору тощо). Саме у «зраді» інтересів свого поручителя і полягає підстава кримінальної відповідальності за

прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди суб'єктом здійснення певних повноважень.

На відміну від цих суб'єктів, виборець чи учасник референдуму нічиїх інтересів (крім власних) не представляють та ніяких доручень з боку інших суб'єктів не виконують.

Передбачене ст. 38 Конституції України право громадян брати участь в управлінні державними справами є комплексним і об'єднує майже всі інші політичні права і свободи: право вільно обирати і бути обраним, брати участь у всеукраїнському та місцевих референдумах, рівне право доступу до державної служби [138, с. 15]. У спеціальних джерелах підкреслюється, що це правомочності політичного характеру, які розкривають зміст загального права громадян на участь в управлінні [139, с. 288]. Таким чином, при одержанні виборцем чи учасником референдуму певної винагороди мова може йти лише про зловживання власним загальним правом, що робить встановлення кримінальної відповідальності за такі дії безпідставним.

У загальнотеоретичній юриспруденції зловживання правом розглядається як самостійний вид правової поведінки (поряд з правомірною та неправомірною поведінкою) та визначається як соціально шкідлива поведінка суб'єкта з реалізації свого суб'єктивного права, яка здійснюється всупереч цільовому призначенню права [140, с. 288]. Тобто, проблема зловживання правом пов'язується не з його змістом, а з процесом його реалізації, з його здійсненням, з недотриманням особою обов'язку не порушувати меж здійснення права. Зловживання суб'єктивним правом, переважно пов'язують з ненормальним (безкорисним, незвичним, шкідливим, аморальним) здійсненням права, яке знаходить свій прояв у недозволених конкретних діях, які заподіюють шкоду іншій особі чи загрожують чужому праву [141, с. 681]. При цьому наголошується на тому, що зловживання правом може перетворитися на правопорушення, якщо суб'єкт, який зловживає своїм суб'єктивним правом, повноваженнями, статусом спричинить істотну шкоду охоронюваним правом інтересам [140, с. 289]. З цієї точки зору вже не важливо, заподіюється така шкода шляхом зловживання повноваженнями (ст. 364, ст. 364¹, ст. 365²) чи зловживання суб'єктивним правом (наприклад, ст. 167 – зловживання

опікунськими правами на шкоду підопічному), оскільки підстава кримінальної відповідальності пов'язується не з фактом «зради» інтересів поручителя, а з фактом заподіяння шкоди іншим правоохоронюваним інтересам.

Аналіз диспозиції ч. 1 та ч. 2 ст. 160 КК України дозволяє зробити висновок, що з точки зору законодавця тільки два види зловживання виборчим правом або правом голосу здатні заподіяти істотну шкоду виборчим правам інших громадян: 1) голосування на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більш одного разу; 2) передання виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) іншій особі.

Саме ці діяння і оголошуються злочинами (ч. 1 ст. 158¹ КК України). Решта різновидів зловживань виборчим правом або правом голосу (відмова від участі в голосуванні, голосування за окремого кандидата на виборах або відмова від такого голосування) як злочини не розглядається. У цій площині ще більш нелогічною виглядає законодавча конструкція, відповідно до якої прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем чи учасником референдуму неправомірної вигоди за те, щоб зловжити своїм виборчим правом або правом голосу, є злочином, а саме зловживання, хоча й небажаним, але незлочинним видом правової поведінки.

Виходячи з викладеного, слід зазначити, що запропонована законодавцем редакція ст. 160 КК України, хоча в цілому і відповідає європейським уявленням щодо сутності підкупу виборця, з позицій національного кримінального законодавства є дещо штучною. Виборець чи учасник референдуму не є ні службовою особою, ні особою, яка здійснює які-небудь повноваження. Тому підстава їх кримінальної відповідальності за пасивний підкуп не може пов'язуватися з діями, які вчиняються всупереч завданням, що поставлені поручителем. Утім, іншої підстави відповідальності за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди не існує. В іншому випадку, суб'єктом пасивного підкупу можна буде визнати будь-яку особу, яка отримала певну винагороду за вчинення тих чи інших дій, незалежно від подальшої поведінки адресата підкупу, скажімо особу, яка за винагороду погодилася вчинити згвалтування, а потім відмовилася від вчинення цього злочину.

Слід також додати, що зміст запропонованої законодавцем у ст. 160 КК України норми дещо суперечить найменуванню розділу V Особливої частини КК України «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина». Оскільки у межах цієї статті караним є й пасивний підкуп, не зрозуміло проти чийх виборчих прав спрямоване діяння виборця, який за винагороду, наприклад, відмовляється від участі в голосуванні. Адже у цьому випадку він не може визнаватися потерпілим, тому що законодавець вважає його злочинцем. У цьому аспекті попередня редакція ст. 157 КК України, за якою виборець чи учасник референдуму вважалися потерпілими від перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, цілком погоджувалася зі змістом суспільних відносин, що охороняються V розділом Особливої частини КК України. Чинна редакція ст. 160 КК України питання щодо спрямованості цього злочину фактично ігнорує.

Зазначені обставини свідчать про те, що розуміння підкупу виборця чи учасника референдуму як способу перешкоджання їм у здійсненні свого виборчого права чи права брати участь у референдумі більшою мірою відповідає національним законодавчим традиціям і є цілком обґрунтованим. Таке розуміння зовсім не виключає можливості виокремлення тих чи інших видів зловживань виборчим правом або правом голосу і позиціонування їх як злочинних дій, схилення до яких шляхом підкупу буде утворювати підбурювання і кваліфікуватися з посиланням на ч. 4 ст. 27 КК України. Та обставина, що виборець чи учасник референдуму вчиняє певні злочинні дії завдяки підкупу, може бути відображена шляхом закріплення у диспозиції ст. 158¹ КК України такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення голосування більше одного разу чи передання виборчого бюлетеня (бюлетеня для голосування на референдумі) іншій особі з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах.

Зроблений висновок дозволяє позитивно вирішити питання щодо необхідності повернення до попередньої редакції ст. 157 КК України, яка діяла до змін кримінального законодавства, що відбулися згідно із Законом від 14 жовтня 2014 р.

Аналіз сучасної практики застосування норми про підкуп виборця чи учасника референдуму дозволяє стверджувати, що вона теж не сприймає ідею законодавця

щодо розуміння сутності цього діяння як самостійного кримінального правопорушення, однією з форм об'єктивної сторони якого є прийняття пропозиції, обіцянки або одержання виборцем чи учасником референдуму неправомірної вигоди.

Так, наприклад, вироком Кілійського районного суду Одеської області від 3 грудня 2018 р. за ч. 2 та ч. 4 ст. 160 КК України була засуджена гр. О., яка висунула пропозицію надати та надала виборцю неправомірну вигоду у розмірі 200 грн. (згідно з приміткою до ст. 160 КК України підкуп виборця чи учасника референдуму є кримінально-караним діянням, якщо розмір неправомірної вигоди перевищує три відсотки розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, що станом на 2018 рік дорівнювало 53 грн., а у 2020 р. складає 73 грн.) за голосування за кандидата від політичної партії ВО «Батьківщина» на посаду голови Кілійської об'єднаної територіальної громади гр. Н. та на посаду депутата Кілійської об'єднаної територіальної громади гр. К., а також висунула повторну пропозицію надати та повторно надала виборцю неправомірну вигоду у розмірі 200 грн. за голосування за тих самих кандидатів на місцевих виборах, які відбулися 29 квітня 2018 р. У мотивувальній частині вироку суд посиляється на ст. 6 Закону України «Про місцеві вибори», відповідно до якої виборцям забезпечуються умови для вільного формування своєї волі та її вільного волевиявлення при голосуванні. Застосування насильства, погроз, обману, підкупу чи будь-яких інших дій, що перешкоджають вільному формуванню та вільному волевиявленню виборця, забороняється.

Наслідком такого підходу стало те, що питання про кримінальну відповідальність за ч. 1 ст. 160 КК України осіб, які прийняли пропозицію та одержали неправомірну вигоду у розмірі 200 грн., ні на стадії досудового розслідування, ні на стадії судового провадження навіть не поставало. Усі особи, які одержали неправомірну вигоду за голосування за певного кандидата на місцевих виборах проходять у цьому кримінальному провадженні як свідки [144].

Отже, правозастосовна практика здебільшого схиляється до розуміння підкупу виборця як способу перешкодження йому у здійсненні свого виборчого права, позиціонуючи пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди у межах ст. 160 КК України як одnobічне діяння. До речі, чинний Виборчий кодекс України

(далі – ВК України) у зазначеній площині зберігає підхід, який був притаманний попереднім актам виборчого законодавства, закріплюючи положення, відповідно до якого застосування насильства, погроз, обману, підкупу чи будь-яких інших дій, що перешкоджають вільному формуванню та вільному виявленню волі виборця, забороняється (ч. 3 ст. 14) [148].

Аналізуючи законодавчі зміни, що відбулися згідно із Законом від 14 жовтня 2014 р. [70], хотілося б звернути увагу ще на одну обставину. Стаття 157 КК України у редакції Закону України від 23 лютого 2006 р. адресатом підкупу при перешкодженні здійсненню виборчого права передбачала не тільки виборців чи учасників референдуму, а й інших суб'єктів виборчого процесу. Відповідно до чинного на той час виборчого законодавства [142; 143; 145], поряд з виборцем, суб'єктом виборчого процесу визнавалися: 1) виборчі комісії; 2) кандидат на пост Президента України; 3) партія, яка висунула кандидата на пост Президента України; 4) офіційний спостерігач; 5) кандидат у народні депутати; 6) кандидат в депутати; 7) кандидат на посади сільського, селищного, міського голови, старости. Аналогічним чином вирішується зазначене питання і ст. 22 ВК України.

Суб'єкти виборчого процесу фігурують і в чинній редакції ст. 157 КК України. Однак, як вже зазначалося, підкуп більше не визнається способом перешкодження здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі. Внаслідок цього виникла ситуація, коли підкуп кандидата у Президенти чи кандидата в депутати або на посаду голови чи старости перестав бути кримінально караним діянням. За чинним кримінальним законодавством України ці особи, на відміну, скажімо, від членів виборчих комісій чи комісій з референдуму, не є службовими особами (члени Центральної виборчої комісії навіть визнаються службовими особами, які займають особливо відповідальне становище згідно з п. 3 примітки до ст. 368 КК України), а ст. 160 КК України як адресата підкупу передбачає лише виборця чи учасника референдуму.

Кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн містить спеціальні положення щодо статусу кандидатів на публічну посаду. Так, наприклад, відповідно до § 3 ст. 246 КК Бельгії до осіб, які здійснюють публічні функції (саме ці особи згідно з § 1 цієї статті є суб'єктами отримання хабара) прирівнюються будь-які

особи, що є кандидатами на публічну посаду, які створюють враження, що вони будуть виконувати такі функції або що вони такі функції виконують [8, с. 163]. КК України подібних приписів не містить, що цілком обґрунтовано, оскільки ніяких доручень з боку держави чи органів місцевого самоврядування ці особи ще не отримали.

Таким чином, кандидати на пост Президента України, кандидати у народні депутати України, кандидати в депутати місцевих рад та на посади сільського, селищного, міського голови, старости не виконують функції представників влади чи місцевого самоврядування, у зв'язку з чим не можуть визнаватися суб'єктами пасивного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України, хоча відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» вони і є суб'єктами декларування [146].

Проте як показала остання виборча кампанія з виборів Президента України 2019 р. випадки підкупу кандидата на пост Президента України з метою зняття їм своєї кандидатури з виборів чи спроби його здійснити все ж таки мали місце (правда за даними ЗМІ та виходячи із заяв деяких високопосадовців). Така ситуація є ще одним аргументом на користь повернення до попередньої редакції ст. 157 КК України, де підкуп кандидата на публічну посаду розглядався як спосіб перешкоджання йому у здійсненні свого пасивного виборчого права (зняття своєї кандидатури з виборів не є кримінально-караним діянням).

Запропонована законодавцем стаття щодо відповідальності за підкуп виборця чи учасника референдуму як самостійний злочин передбачає здійснення передвиборної агітації (агітації референдуму) шляхом надання підприємствам, установам, організаціям неправомірної вигоди або надання безоплатно товарів (крім товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством), робіт, послуг (ч. 3 ст. 160 КК України).

Виборче законодавство, яке передувало ВК України, питання щодо вартості товарів, які містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вирішувало неоднозначно. Така вартість не повинна була перевищувати три відсотки розміру мінімальної заробітної плати [145], п'ять

відсотків [143] або взагалі не встановлювалася [142]. У п'ять відсотків мінімального розміру заробітної плати вартість зазначених товарів була встановлена і Законом України від 6 листопада 2012 р. «Про всеукраїнський референдум».

Рішенням Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 р. цей Закон був визнаний таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). У зв'язку з цим він втратив чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього рішення [149]. Враховуючи те, що станом на березень 2020 р. нового Закону «Про всеукраїнський референдум» прийнято не було, чинним слід вважати Закон України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 р. [150], який був скасований Законом від 6 листопада 2012 р. Проте цей законодавчий акт положень щодо заборони проводити передвиборну агітацію, що супроводжується наданням закладам, установам, організаціям коштів, товарів, послуг чи робіт ще не передбачав, обмежуючись вказівкою щодо відповідальності за перешкоджання особі шляхом насильства, обману, погроз або іншим шляхом вільному здійсненню її права брати участь у референдумі чи вести до голосування агітацію, навіть не виокремлюючи підкуп як самостійний спосіб такого перешкоджання, що фактично унеможлиблює застосування ч. 3 ст. 160 КК України при здійсненні забороненої агітації референдуму.

Чинний ВК України питання щодо вартості товарів, які містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, взагалі не вирішує. Відповідно до ч. 7 ст. 57 ЦВК не пізніше як на десятий день після початку виборчого процесу розміщує на своєму офіційному веб-сайті роз'яснення щодо заборони надання грошових коштів чи безоплатно або на пільгових умовах товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерей.

Слід зазначити, що чинна редакція ст. 160 КК України не зовсім узгоджувалася з положеннями виборчого законодавства, а воно, у свою чергу, неоднозначно вирішувало аналогічні питання. За Законом України «Про вибори народних депутатів України» адресатом підкупу при здійсненні передвиборної агітації, що супроводжується наданням коштів або товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерейних білетів, інших матеріальних цінностей визнавалися як виборці, так і заклади, установи, організації. І в тому, і в іншому випадку

законодавець називав таку передвиборну агітацію непрямим підкупом виборців. За Законом України «Про вибори Президента України» адресатом підкупу при проведенні передвиборної агітації визнавався тільки виборець. У цьому випадку мав місце факт його підкупу (п. 1 ч. 3 ст. 56). Тільки виборець визнавався адресатом підкупу і за Законом України «Про місцеві вибори».

Чинний ВК України забороняє проводити передвиборну агітацію, що супроводжується наданням виборцям грошових коштів чи безоплатно або на пільгових умовах товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерей. Така передвиборна агітація або надання виборцям грошових коштів чи безоплатно або на пільгових умовах товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерей, що супроводжується закликами або пропозиціями голосувати чи не голосувати за певного кандидата, партію (організацію партії) або згадуванням імені кандидата, назви партії, вважається підкупом виборців (ч. 6 ст. 57). Тобто цей законодавчий акт адресатом підкупу визнає виключно виборця, не використовуючи таке поняття, як непрямий підкуп. Проте, з точки зору КК, адресатом підкупу при здійсненні передвиборної агітації (агітації референдуму) визнаються виключно підприємства, установи, організації. Такий підкуп здійснюється: 1) шляхом надання підприємствам, установам, організаціям неправомірної вигоди, вартість якої перевищує три відсотки розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб (ні попереднє, ні чинне виборче законодавство поняттям «неправомірна вигода» не користується, вживаючи словосполучення «надання коштів, товарів, послуг, робіт, цінних паперів, кредитів, лотерей»); 2) шляхом надання цим суб'єктам безоплатно робіт, послуг або товарів, крім товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії, вартість яких не перевищує розміру, встановленого законодавством (тепер це питання, вірогідно, буде вирішувати ЦВК).

Попереднє виборче законодавство диференціювало і засоби вчинення підкупу, який мав місце щодо виборців при проведенні забороненої передвиборної агітації. Такий підкуп теж міг вчинятися або шляхом надання їм грошей, або шляхом надання безоплатно чи на пільгових умовах цінних паперів, кредитів, лотерейних білетів, товарів (крім товарів, які містять візуальні зображення найменування,

символіки, прапора політичної партії за умови, що вартість таких товарів не перевищує три відсотки або п'ять відсотків залежно від виду виборів). Чинний ВК України такої диференціації не передбачає.

Не передбачають її й чинні редакції ч. 1 та ч. 2 ст. 160 КК України, встановлюючи один засіб підкупу виборців – неправомірну вигоду, вартість якої перевищує три відсотки розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб. З одного боку, поняття неправомірної вигоди, яке міститься у примітці до ст. 160 КК України, охоплює собою не тільки кошти, а й інше майно, переваги, пільги, послуги і навіть нематеріальні активи, що дає підстави для висновку про можливість застосування цього поняття й у випадку непрямого підкупу виборців. Але з іншого боку, залишається не зрозумілим, чи охоплює собою поняття неправомірної вигоди товари, що містять візуальні зображення назви, символіки, прапора партії. Якщо припустити, що це так, то **прийдеться укласти**, що підкуп виборців чи учасників референдуму може відбуватися теж двома шляхами: 1) шляхом надання неправомірної вигоди; 2) шляхом надання товарів, що містять візуальні зображення назви, символіки, прапора партії, вартість яких перевищує встановлений розмір. Включати ці товари до поняття неправомірної вигоди було не можна, тому що вартість і того й іншого встановлювалася на нормативному рівні, і вона суттєво відрізнялася. Підкуп виборців шляхом надання неправомірної вигоди є злочином, якщо її вартість станом на 2020 р. перевищує 63 грн., а підкуп виборців, що здійснюється шляхом надання згаданих вище товарів, можна було б визнати злочином, якщо їх вартість на виборах народних депутатів України перевищувала б 141 грн., а на місцевих виборах – 236 грн., хоча з якого саме розміру тепер буде виходити ЦВК залишається незрозумілим, не говорячи вже про те, що вирішення такого питання на рівні постанови ЦВК суперечить ч. 3 ст. 3 КК України, відповідно до якої злочинність діяння визначається тільки цим Кодексом.

Оскільки законодавець про товари, що містять візуальні зображення назви, символіки, прапора партії ні у ч. 1 чи ч. 2 ст. 160, ні у примітці до цієї статті не згадує, а згадує про них лише у ч. 3 ст. 160 КК України, непрямий підкуп виборців чи учасників референдуму, який полягає у проведенні передвиборної агітації шляхом надання їм коштів або безоплатно чи на пільгових умовах товарів, послуг,

робіт, інших матеріальних цінностей, що супроводжується закликами голосувати або не голосувати за певну партію чи кандидата, або згадуванням назви партії чи імені кандидата не є кримінально-караним. Не є кримінально-караним й отримання виборцями чи учасниками референдуму товарів, що містять візуальні зображення найменування, символіки, прапора політичної партії незалежно від вартості таких товарів. Кримінальним правопорушенням є лише прямий підкуп виборця чи учасника референдуму, який супроводжується висловленою їм конкретною пропозицією відмовитися від участі в голосуванні, голосувати на виборчій дільниці (дільниці референдуму) більш одного разу, голосувати за окремого кандидата на виборах, кандидатів від політичної партії, відмовитися від такого голосування, передати виборчий бюлетень іншій особі, що здійснюється виключно шляхом пропозиції, обіцянки або надання неправомірної вигоди.

Таким чином, з позиції чинного КК України непрямий підкуп виборців чи учасників референдуму визнається злочином виключно тоді, коли його адресатом є підприємство, установа, організація, хоча такий підхід дещо суперечить положенням чинного ВК України, де адресатом підкупу вважається виключно виборець.

Чинний КК України юридичних осіб суб'єктом злочину не визнає (ч. 1 ст. 18). Тому згадані у ч. 3 ст. 160 підприємства, установи, організації за отримання неправомірної вигоди або безоплатно товарів, робіт чи послуг кримінальній відповідальності не підлягають, хоча до них можуть бути застосовані заходи кримінально-правового характеру (штраф, конфіскація майна, ліквідація), які не є формою реалізації кримінальної відповідальності. Підставою для застосування таких заходів є вчинення уповноваженою особою (під нею слід розуміти службову особу юридичної особи, а також інших осіб, які відповідно до закону, установчих документів юридичної особи чи договору мають право діяти від імені юридичної особи) від імені та в інтересах юридичної особи у тому числі й злочину, передбаченого ст. 160 КК України (п. 4 ч. 1 ст. 96³). При цьому цей злочин визнається вчиненим в інтересах юридичної особи, якщо він призвів до отримання нею неправомірної вигоди або створив умови для отримання такої вигоди (п. 2 примітки до ст. 96³). Одержані у такий спосіб юридичною особою доходи

конфіскуються (п. 6 ч. 9 ст. 100 КПК України). Відповідно до ст. 96⁹ у разі вчинення уповноваженою особою юридичної особи злочину, передбаченого ст. 160 КК України, до такої юридичної особи може бути застосований такий кримінально-правовий захід, як її ліквідація.

Однак, не дивлячись на це, злочин, передбачений ч. 3 ст. 160 КК України, позиціонується законодавцем як однобічний. Сутність його полягає у перешкодженні іншим учасникам виборчого процесу у здійсненні свого виборчого права. Це зайвий раз доводить, що суспільна небезпека злочину, передбаченого ст. 160 КК України, ніяк не пов'язана з фактом одержання чи неодержання виборцем або учасником референдуму певної винагороди.

Підсумовуючи аналіз питань, пов'язаних з характеристикою загальнокримінального підкупу, слід ще раз зазначити, що він повинен розглядатися виключно як однобічне кримінально-каране діяння, сутність якого полягає або у схиленні особи до вчинення злочину, або у перешкодженні їй у здійсненні своїх прав чи виконанні обов'язків. У будь-якому разі адресат загальнокримінального підкупу не є його суб'єктом через відсутність певних повноважень, які могли б виступити предметом «купівлі-продажу», хоча той факт, що злочин вчиняється виключно завдяки отриманій винагороді, може бути врахований через таку кваліфікуючу обставину, як наявність корисливої мотивації. Загальнокримінальний підкуп може використовуватися лише як спосіб вчинення злочину (загального чи спеціального підбурювання, перешкодження, втягнення, втручання, впливу). Тому спроби законодавця надати йому статусу окремого кримінального правопорушення не можна визнати обґрунтованими, оскільки це неминуче призводить до змішування різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу і безпідставному розширенню меж кримінальної відповідальності за одержання матеріальної чи нематеріальної винагороди.

РОЗДІЛ 3

КОРУПЦІЙНИЙ ПІДКУП ТА ЙОГО ВИДИ

3.1. Підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати функції представника влади

На відміну від загальнокримінального підкупу, який у чинному КК України представлений трьома різновидами (загальне та спеціальне підбурювання, спосіб вчинення діяння, передбаченого статтею Особливої частини КК України, та самостійне кримінальне правопорушення), корупційний підкуп позиціонується вітчизняним законодавцем виключно як окреме правопорушення, виконавцями якого виступають як суб'єкт, так і адресат підкупу.

У зв'язку з цим, корупційний підкуп у кримінально-правовій літературі почали поділяти на активний, пов'язуючи його з пропозицією, обіцянкою або наданням неправомірної вигоди, та пасивний, ототожнюючи останній з прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням такої вигоди, хоча подекуди така класифікація використовується і при характеристиці загальнокримінального підкупу, адресат якого визнається його суб'єктом [18, с. 914]. Грунтуючись на цій класифікації, автори, як правило, стверджують, що суб'єкт активного підкупу є загальним, а пасивного – спеціальним [18, с. 907]. Проте, згадана класифікація не враховує останніх змін чинного кримінального законодавства України, відповідно до яких поряд з пропозицією, обіцянкою та наданням неправомірної вигоди з'явилося й прохання її надати, яке полягає у зверненні спеціального суб'єкта до того, хто потенційно здатний надати таку вигоду, із клопотанням про її надання (ч. 1 ст. 368³, ч. 1 ст. 368⁴). Щоправда, законодавець до кінця так і не визначився з кримінально-правовою природою прохання надати неправомірну вигоду, одночасно розглядаючи його і як складову пасивного підкупу (ч. 3 ст. 354, ч. 1 ст. 368). Як різновид злочинних дій, які утворюють пасивний підкуп, подекуди розглядається і пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 369² КК України). Виходячи з цього, доволі нелогічним виглядає звинувачення в

активності суб'єкта, який пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду у зв'язку з її проханням або вимаганням. Але, з іншого боку, не менш нелогічним є й порозуміння дій спеціального суб'єкта як пасивних, коли саме він ініціює пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди шляхом її прохання або вимагання.

Тому класифікацію підкупу доцільно проводити не тільки за ознаками суб'єкта, поділяючи його на загальний та спеціальний, а й з урахуванням характеру дій суб'єкта підкупу. Виходячи з цього, перший можна поділити на вимушений (коли пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди викликані її проханням або вимаганням) та добровільний (коли вигода пропонується, обіцяється або надається суб'єктом з його власної ініціативи), а другий – на пасивний (коли спеціальний суб'єкт приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду, не проявляючи при цьому власної ініціативи) та активний (коли ініціатором підкупу виступає саме спеціальний суб'єкт, намагаючись отримати неправомірну вигоду шляхом її прохання чи вимагання). Ця класифікація може бути покладена в основу диференціації кримінальної відповідальності за корупційний підкуп (ст. 354, ст. ст. 368-369² КК України), оскільки очевидно, що найменш небезпечним є вимушений підкуп, а найбільш небезпечним – активний. Для цього законодавцю потрібно остаточно визначити кримінально-правову природу прохання надати неправомірну вигоду, перемістивши вказівку на нього з ч. 1 ст. 368³ та ч. 1 ст. 368⁴ до частини третьої відповідних статей. Прохання надати неправомірну вигоду хоча і є більш небезпечнішим, аніж пасивний підкуп, на відміну від вимагання не містить вимоги, поєднаної з певною погрозою. Тому його суспільна небезпека цілком може бути врахована шляхом індивідуалізації покарання у межах санкцій ч. 3 ст. 368³ та ч. 3 ст. 368⁴. Для остаточного вирішення питання доцільним було б виокремлення у межах ч. 1 ст. 354, ч. 1 ст. 368³, ч. 1 ст. 368⁴, ч. 1 ст. 369 та ч. 1 ст. 369² вимушеного підкупу з індивідуалізацією покарання за нього у межах санкцій перших частин зазначених статей. Такий підхід був би більш зрозумілим не тільки для спеціальних суб'єктів, а й, перш за все, для пересічних громадян, для яких передбачена на сьогодні диференціація підкупу, зокрема залежно від становища службової особи (ч.

3 та ч. 4 ст. 369) навряд чи є прийнятною, оскільки відповісти на питання, хто займає відповідальне, а хто особливо відповідальне становище не в змозі, подекуди, і досвідчені юристи. Проте до змісту умислу вигододавця повинно входити не лише бажання надати вигоду, а й усвідомлення того, що вона надається саме такій службовій особі. Оскільки таке усвідомлення найчастіше відсутнє, застосування ч. 3 чи ч. 4 ст. 369 КК України у таких випадках є нічим іншим, як об'єктивним ставленням у вину, навіть тоді, коли вони застосовуються через ст. 15 КК України (при помилці вигододавця в оцінці статусу службової особи).

Виокремлення спеціального підкупу не означає, що спеціальні суб'єкти не можуть вчиняти загального підкупу, оскільки останній може вчинятися будь-якою особою і його вчинення не обумовлюється наявністю певних повноважень. Тому спеціальні суб'єкти (службові особи, особи, які надають публічні послуги тощо) несуть відповідальність за пропозицію, обіцянку чи надання неправомірної вигоди на загальних підставах. Якщо вчинена цими суб'єктами пропозиція, обіцянка чи надання неправомірної вигоди містить склад й іншого злочину, вони потребують кваліфікації за сукупністю, наприклад, ст. 369 чи ч. 1 ст. 368³ та ст. 191 тощо.

Отже, на відміну від загальнокримінального підкупу, де ознаки спеціального суб'єкта можуть мати статус кваліфікуючих (ч. 4 ст. 160, ч. 2 ст. 149) і, навіть, конститутивних (ч. 1 ст. 369³) ознак відповідних складів злочинів, у межах корупційного підкупу, ознаки спеціального суб'єкта, який вчиняє пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди, мають нейтральний для кримінального права статус (так, наприклад, та обставина, що підкуп працівника підприємства, установи чи організації вчинив інший працівник не може враховуватись як конститутивна чи кваліфікуюча обставина).

Але законодавець іноді все ж таки використовує ознаки спеціального суб'єкта як обтяжуючу загальний корупційний підкуп обставину. Так, пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі, вчинені учасником організованої групи, утворює особливо кваліфікований склад цього злочину (ч. 4 ст. 369 КК України).

Учасник організованої групи – це особа, яка фактом свого вступу до неї надала засновникам, керівникам чи іншим її учасникам можливість використати себе відповідно до мети та планів такого злочинного об'єднання [151, с. 411].

Однак, не важко помітити, що конструювання такої кваліфікуючої обставини підкупу службової особи, як вчинення його учасником організованої групи, обумовлено не можливістю використання певних повноважень таким суб'єктом при його вчиненні, а бажанням законодавця ефективно протидіяти кримінальній активності організованої злочинності зі встановлення стійких корупційних зв'язків між нею та відповідними службовими особами. Отже, чинні редакції ч. 2 ст. 354, ч. 2 ст. 368³, ч. 2 ст. 368⁴, ст. 369 та ст. 369² КК України не пов'язують посилення покарання з використанням певних повноважень суб'єктами загального корупційного підкупу.

Проте найбільші складнощі при аналізі суб'єктного складу корупційного підкупу завжди викликало і викликає питання щодо кола суб'єктів його спеціального різновиду.

Відповідно до ч. 2 ст. 18 КК України спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Але, як буде показано нижче, особливість корупційного підкупу полягає в тому, що його адресатом можуть бути різні категорії спеціальних суб'єктів, хоча мова йде про один й той самий злочин. Виходячи з цього, класифікація спеціального корупційного підкупу лише за ознаками суб'єкта та характером вчинюваних ним дій теж видається однобічною. Оскільки однією з головних ознак, які відрізняють корупційний підкуп від загальнокримінального, є предмет купівлі-продажу, який складають відповідні повноваження, саме він може виступити додатковим критерієм при класифікації спеціального корупційного підкупу. За цією ознакою можна виокремити: 1) підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати функції представника влади; 2) підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції; 3) підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати інші функції (повноваження на

вчинення юридично значущих дій, повноваження на виконання завдань і функцій державного органу або органу місцевого самоврядування, повноваження, обумовлені виконанням професійних обов'язків, повноваження, що зумовлюють можливість впливу).

Поза сумнівів, центральним поняттям при визначенні кола суб'єктів спеціального корупційного підкупу є повноваження здійснювати функції службової особи. Відштовхуючись від нього, і законодавець, і доктрина формулюють ознаки інших суб'єктів такого підкупу, найчастіше за рахунок вказівки на відсутність у тієї чи іншої особи ознак службової. Так, наприклад, визначаючи поняття працівника підприємства, установи чи організації КК України, насамперед, наголошує на тому, що він не є службовою особою (ст. 354).

Одразу слід зазначити, що всебічний аналіз поняття службової особи не є предметом цього дослідження. Оскільки підкуп, передбачений ст. 368 та ст. 368³, належить до кола корупційних діянь, автора, насамперед, цікавить аналіз цього поняття крізь призму Закону України «Про запобігання корупції». Тому основну увагу буде зосереджено саме на цьому питанні.

Передусім, необхідно підкреслити, що поняття «службова» та «посадова» особа у національному кримінальному законодавстві традиційно розглядаються як тотожні.

Як тотожні ці поняття розглядаються і в іншому галузевому законодавстві [152; 153].

Разом з тим, не важко помітити, що висновок про тотожність понять «посадова» та «службова» особа дещо суперечить як Конституції України (ст. 40, 55, 56), так і іншим законодавчим актам, зокрема Закону України «Про запобігання корупції», де ці поняття виокремлюються. Тут мова йде про посадових та службових осіб органів прокуратури, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро, дипломатичної служби, державної лісової охорони, державної охорони природно-заповідного фонду, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи (підпункт «е» п. 1

ч. 1 ст. 3), посадових та службових осіб інших державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим (підпункт «и» п. 1 ч. 1 ст. 3). Виокремлюються поняття посадової та службової особи і в Законі України від 10 листопада 2015 р. «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів» (ч. 4 ст. 11) [157]. Розрізняє зазначені поняття і чинний ЦК України (ст. 1174, ст. 1175, ст. 1191) [169], тощо.

Перед тим як повернутися до цього питання, хотілося б погодитися з висловленою у літературі точкою зору про те, що при визначенні поняття службової (посадової) особи орієнтуватися треба на галузевий підхід [154, с. 215; 155, с. 42], оскільки універсальне розуміння цього поняття навряд чи взагалі можливе. До речі, до такого висновку доходить і Міністерство юстиції України, яке у своєму Листі від 10 жовтня 2013 р. №610-02-13/7.2 щодо тлумачення понять «службова особа» і «посадова особа», що використовуються в чинному законодавстві України, у підсумку зазначає, що при з'ясуванні підстав для віднесення осіб до категорій посадових або службових слід керуватися відповідним законодавством, що регулює певні відносини.

Підкуп, у тому числі й корупційний, є виключно кримінально-правовою категорією. Тому при визначенні його адресата, насамперед, повинні враховуватися приписи КК України. Ігнорування цієї обставини може призвести до появи у кримінальному законодавстві положень, які є цілком прийнятними у інших галузях, але які суперечать кримінально-правовій природи такого поняття, як службова особа і, у підсумку, дезорієнтувати правозастосовну практику.

Так, наприклад, відповідно до ст. 2 Закону України від 7 червня 2001 р. «Про службу в органах місцевого самоврядування» посадовою особою місцевого самоврядування є особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету [158]. У літературі зазначається, що консультативно-дорадчі функції – це повноваження щодо розробки проектів нормативно-правових актів і рішень, що

видаються посадовими особами, які здійснюють організаційно-розпорядчі функції [154, с. 219], тобто мова йде про патронатну службу. Згідно зі ст. 92 Закону України «Про державну службу» до посад патронатної служби належать посади радників, помічників, уповноважених та прес-секретаря Президента України, працівників секретаріатів Голови Верховної Ради України, його Першого заступника та заступника, працівників патронатних служб Прем'єр-міністра України та інших членів Кабінету Міністрів України, помічників-консультантів народних депутатів України, помічників та наукових консультантів суддів Конституційного Суду України, помічників суддів, а також посади патронатних служб в інших державних органах [156].

Відповідно до п. 3² Роз'яснень щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю, затверджених Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 11 серпня 2016 р. №3 [159], працівники патронатної служби не здійснюють організаційно-розпорядчих функцій, оскільки згідно з ч. 2 ст. 9 Закону України «Про державну службу» державний службовець не зобов'язаний виконувати їх доручення, тобто цей Закон не встановлює обов'язковості виконання будь-яких доручень працівників патронатної служби. На підставі цього, Національне агентство з питань запобігання корупції не визнавало їх суб'єктами декларування, які вказані у підпункті «и» пункту 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

У частині другій ст. 9 Закону України «Про державну службу» не робиться ніяких виключень для тих чи інших працівників патронатної служби. Проте законодавець, вірогідно керуючись тим, що в адміністративному та муніципальному праві посадовою є й особа, яка виконує консультативно-дорадчі функції, визнає радників та помічників Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України не просто посадовими особами, а посадовими особами, які займають особливо відповідальне становище. У Законі України «Про запобігання корупції» ця категорія виокремлюється для визначення кола суб'єктів, декларації яких підлягають повній перевірці (ст. 50). Але це зовсім не означає, що

поняття особи, яка займає особливо відповідальне становище, що виокремлюється з метою визначення кола суб'єктів повного декларування, повинно бути тотожним за змістом із відповідним кримінально-правовим поняттям.

Ні ч. 3 ст. 18, ні п. 1 примітки до ст. 364 КК України при визначенні поняття службової особи про консультативно-дорадчі функції не згадують. Проте радники та помічники Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України визнаються службовими особами, які займають особливо відповідальне становище (підпункт 1 п. 3 примітки до ст. 368 КК України та примітка до ст. 50 Закону України «Про запобігання корупції» вказівкою на цих осіб були доповнені Законом України від 10 грудня 2015 р. «Про державну службу», що у підсумку і дозволило проігнорувати певні кримінально-правові особливості поняття посадової особи, роблячи акцент на його адміністративно- та муніципально-правовому понятті), що фактично дозволяє застосувати ст. 368 у випадку прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди цими суб'єктами. Такий підхід штучно розширює коло адресатів корупційного підкупу і є неприпустимим. Ситуацію не змінює навіть та обставина, що Законом України від 2 жовтня 2019 р. особи, які займають посади патронатної служби, були визнані суб'єктами декларування, оскільки такий крок не призводить до автоматичного набуття зазначеними службовцями статусу посадової особи.

Повертаючись до проблеми співвідношення таких понять, як службова та посадова особа, слід звернути увагу ще на одну обставину. Свого часу у вітчизняній літературі обґрунтовувалася позиція, згідно з якою ці суб'єкти є учасниками різних за своїм характером відносин. Повноваження службовій особі надаються державою і реалізуються через адміністративно-правові відносини, а посадова особа наділяється повноваженнями власником або уповноваженим ним органом, які втілюються через трудові правовідносини. Тому дії службової особи тягнуть юридичні наслідки для всіх громадян, а дії посадової особи створюють такий результат лише для підлеглих по службі або роботі працівників. Службові особи теж перебувають у трудових правовідносинах, оскільки працюють у державному органі, але не з особами, які підпорядковані їм по службі, а виключно з цим державним органом. Тому усіх

службових осіб слід вважати державними службовцями. Що ж стосується терміну «посадова особа», то він зумовлюється не поняттям «посада», а пов'язується з наявністю особливих посадових повноважень, які окреслюються виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків. У підсумку зазначалося, що службові особи – це представники влади, а посадові – це особи, які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. На цій підставі піддавалося критиці традиційне для кримінального законодавства та доктрини положення, згідно з яким до посадових осіб належали й представники влади [160, с. 99].

Такий підхід цілком заслуговує на підтримку. Не випадково ПВСУ у своїй постанові від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» при визначенні представника влади, насамперед, виходить з того, що це працівник державного органу чи його апарату, який наділений правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості [24, с. 235]. Тільки з цих позицій і можна пояснити, чому Конституція та деякі законодавчі акти диференціюють поняття службової та посадової особи.

Необхідно зазначити, що у зарубіжній кримінально-правовій літературі такі поняття як службова та посадова особа теж диференціюються. Однак аргументується такий висновок дещо інакше. Річ у тім, що чинні кримінальні кодекси колишніх радянських республік, як і раніше, оперують поняттям «посадова особа» (ч. 3 ст. 308 КК Республіки Вірменія, ч. 1 ст. 123 КК Республіки Молдова, п. 1 примітки до ст. 285 КК РФ тощо), розуміючи під ним осіб, які виконують функції представників влади або організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції. Термін «службова особа» має більш широкий зміст, який охоплює собою, крім посадових осіб, також осіб, які виконують управлінські функції в комерційних чи інших недержавних організаціях, державних та муніципальних службовців та службовців комерційних та інших організацій [173, с. 131-133].

При цьому \конституції цих країн згадують лише про посадових осіб (наприклад, ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 24 Конституції РФ), на відміну від Конституції

України, де поняття службової та посадової особи розрізняються. Цілком можна припустити, що розробники тексту Конституції України орієнтувалися саме на наведений вище підхід. Однак з позицій вітчизняного кримінального законодавства він є неприйнятним.

По-перше, чинний КК України визнає службовими осіб, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції як в державних, так і в недержавних структурах, у зв'язку з чим у всіх статтях згадується лише така кваліфікуюча обставина, як вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища. По-друге, цим поняттям не охоплюються державні службовці, службовці органів місцевого самоврядування, інші працівники, які не виконують функцій представників влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, що прямо зазначається в нормах КК України (ст. 354). По-третє, як узагальнюючий тут використовується інше поняття – особа, яка виконує службовий обов'язок (п. 8 ч. 2 ст. 115), що включає як службових осіб, так й інших працівників, які виконують службові або виробничі функції (рядовий службовець в установі, робітник, сторож, охоронець тощо). Звідси випливає, що єдиним напрямом диференціації таких понять, як «службова» та «посадова» особа є характер функцій, що виконуються. В іншому випадку пояснити одночасне існування двох понять, яке є характерним для багатьох сучасних нормативно-правових актів, буде майже неможливо.

Слід також зазначити, що позиція щодо диференціації понять службової та посадової особи залежно від характеру функцій, що виконуються відповідними суб'єктами, повністю узгоджується і з положеннями згаданих вище Роз'яснень Національного агентства з питань запобігання корупції, згідно з пунктом третім яких під «службовими та посадовими особами державних органів» слід розуміти працівників державних органів, які здійснюють функції представників влади або обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, а під «посадовими особами юридичних осіб публічного права» слід розуміти працівників юридичних осіб публічного права,

які наділені посадовими повноваженнями здійснювати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції [159].

Виходячи з викладеного, було б доцільним внесення змін до ч. 3 ст. 18 КК України, відповідно до яких службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а посадовими є особи, які обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади чи в органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням. Це, по-перше, сприяло б остаточному вирішенню проблеми співвідношення таких понять, як «службова» і «посадова» особа (принаймні у кримінально-правовій площині), а, по-друге, дозволило б уникнути вживання поняття «службова особа» стосовно юридичних осіб приватного права (ст. 364¹, ст. 368³ КК).

КК України поняття представника влади не містить. На відміну від нього, у кримінальних кодексах інших країн воно набуло легального статусу (наприклад, ч. 4 ст. 316 КК Республіки Вірменія, примітка до ст. 318 КК РФ).

Аналіз положень цих кодексів дозволяє звернути увагу на дві обставини. По-перше, повноваженнями представника влади можуть бути наділені не тільки працівники державних органів, а й інші суб'єкти, а, по-друге, – такі повноваження завжди здійснюються у межах відповідної гілки державної влади.

Що стосується першого аспекту, то вітчизняна кримінально-правова доктрина виходить з аналогічних положень. Тут поняття службової особи не пов'язується з тим фактом, що вона обов'язково працює в державному органі. Представниками влади традиційно визнавалися позаштатні співробітники Державтоінспекції, позаштатні співробітники міліції [19, с. 1015]; громадські контролери [19, с. 1011], громадські інспектори рибоохорони [25, с. 788] тощо, оскільки КК України пов'язує визнання особи представником влади не з посадою, яку вона займає, а з наявністю у неї владних повноважень. ПВСУ у п. 18 постанови від 26 грудня 2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень»

прямо наголошує на тому, що члени громадських формувань з охорони громадського порядку (такі формування створюються на підставі Закону України від 22 червня 2000 р. «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» [163]) під час її здійснення мають спеціальні владні повноваження, а, отже, виконують функції представників влади [24, с. 269].

Однак, при цьому слід мати на увазі, що набуття владних повноважень суб'єктами, яким вони делегуються, не змінює ні їх статусу, ні статусу організації, де вони працюють. Тому, у будь-якому випадку, особи, які виконують функції представників влади за спеціальним повноваженням діють виключно від імені органу державної влади. Ця обставина має ключове значення при визначенні кола суб'єктів спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. ст. 368 та ч. 3, ч. 4 ст. 368³ КК України.

КК України 2001 р. спочатку не передбачав диференціації відповідальності службової особи залежно від виду юридичної особи (публічного чи приватного права), де вона працює або в якій вона бере участь. Тому члени громадських формувань як представники влади притягувалися до відповідальності за тими самими статтями, що і працівники органів державної влади, які виконували такі функції (ст. ст. 364, 365, 368 тощо). Після диференціації відповідальності службових осіб юридичних осіб публічного та приватного права, яка відбулася у 2011 р., постало питання про те, за якими саме статтями повинні нести відповідальність члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, які виконують функції представників влади. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» громадські формування, які створюються з метою охорони громадського порядку і державного кордону, є громадськими об'єднаннями [163]. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання» громадське об'єднання – це добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних інтересів. Громадське об'єднання зі статусом юридичної особи є непідприємницьким товариством, основною метою якого не є одержання прибутку (ч. 5 ст. 1) [174]. Таким чином,

громадське об'єднання є юридичною особою приватного права (ст. ст. 81, 83, 85, 86 ЦК України). Однак громадські об'єднання самі по собі не мають владних повноважень (відповідно до ч. 3 ст. 2 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» владних повноважень не мають і підприємства, установи та організації, що належать до сфери управління міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, крім випадків, визначених законом [199]). Більше того, їм не можуть надаватися такі повноваження, крім випадків, передбачених законом (ч. 4 ст. 4) [174]. Саме такий випадок і передбачений Законом України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону». Звідси випливає, що юридичні особи приватного права не здійснюють функції представника влади. Такими функціями їх учасники можуть наділятися виключно державою. Оскільки члени громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, у разі делегування їм повноважень ставити вимоги і приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості, виконують функції держави, вони підлягають відповідальності за ст. ст. 364, 368 КК України. Це зайвий раз доводить, що службові особи (представники влади) не можуть бути суб'єктами злочинів, передбачених ст. 364¹ та ч. 3, ч. 4 ст. 368³ КК України.

Відповідно до чинної редакції ч. 3 ст. 18 та пункту першого примітки до ст. 364 КК України, якої вони набули згідно із Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», поняттям службової особи охоплюються й особи, які здійснюють функції представників місцевого самоврядування. У сучасній кримінально-правовій літературі цю категорію ототожнюють з представниками влади [18, с. 793], хоча у ч. 3 ст. 18 та п. 1 примітки до ст. 364 при характеристиці службової особи між представниками влади та місцевого самоврядування законодавець використовує розділовий сполучник «чи».

Закон України від 7 червня 2001 р. «Про службу в органах місцевого самоврядування» представників місцевого самоврядування не виокремлює. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад»

представником інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого округу є депутат місцевої ради [164]. Представницьким органом місцевого самоврядування, згідно з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування», є виборний орган (рада), який складається з депутатів і відповідно до закону наділяється правом представляти інтереси територіальної громади і приймати від її імені рішення [165]. У ч. 3 ст. 10 цього Закону диференціюються представницькі органи місцевого самоврядування і сільських, селищних, міських голів та виконавчі органи місцевого самоврядування без ототожнення цих понять. Виконавчими органами сільських, селищних, міських, районних у містах рад є їх виконавчі комітети, відділи, управління та інші створювані радами виконавчі органи (ч. 1 ст. 11). Сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою територіальної громади відповідно села, селища, міста (ч. 1 ст. 12). Він очолює виконавчий комітет відповідної сільської, селищної, міської ради, головує на її зсіданнях (ч. 3 ст. 12) та не може бути депутатом будь-якої ради (ч. 4 ст. 12). У той же час, відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 42 згаданого Закону сільський, селищний, міський голова представляє територіальну громаду у відносинах з державними органами, іншими органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, громадянами, а також у міжнародних відносинах та видає розпорядження у межах своїх повноважень (п. 20), які є обов'язковими для виконання всіма юридичними та фізичними особами, які перебувають на відповідній території (ч. 1 ст. 73). Аналогічні повноваження має і голова районної, обласної, районної у місті ради (п. 3 ч. 6, ч. 7 Закону). Правом представляти інтереси жителів відповідного села, селища наділені також і старости, на яких поширюються гарантії діяльності депутатів місцевих рад (ст. 54¹). Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 79¹ повноваження старости припиняються достроково у разі набрання законної сили рішенням суду про притягнення його до відповідальності за правопорушення, пов'язане з корупцією, яким накладено стягнення у виді позбавлення права обіймати посади або займатися діяльністю, що пов'язана з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Це

положення дозволяє стверджувати, що староста виконує функції представника місцевого самоврядування і може виступати адресатом підкупу.

Отже, виходячи з викладеного, можна зробити висновок, що до представників місцевого самоврядування належать депутати місцевих рад, голови обласних, районних, районних у місті рад, сільські, селищні, міські голови та старости. Інші особи, які виконують в органах місцевого самоврядування організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, з кримінально-правової точки зору є посадовими особами цих органів.

Таким чином, слід зазначити, що вітчизняна доктрина, як і доктрина зарубіжна, не зводить поняття представника влади виключно до працівника державного органу. Саме ця обставина і створює підстави для виокремлення таких повноважень у самостійний предмет «купівлі-продажу».

Проте, що стосується другого аспекту визначення поняття «представник влади», який фігурує у зарубіжному законодавстві, а саме тієї обставини, що такі повноваження завжди здійснюються у межах відповідної гілки державної влади, то тут існують певні проблеми.

Відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні поділяється на законодавчу, виконавчу та судову. З цього випливає, що особа, яка наділена правом ставити вимоги, а також приймати рішення загальнообов'язкового характеру повинна представляти одну з цих гілок. Однак в Україні існує група органів державної влади, які не тільки не належать до жодної із згаданих гілок (наприклад, Національний банк України [188]), а й взагалі не передбачені Конституцією України. Ідеться про Національні комісії, що здійснюють державне регулювання в певних сферах економіки (Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг), які є державними колегіальними органами і не залежать від органів виконавчої влади. Члени цих органів теж можуть виконувати функції представників влади, але не зовсім зрозуміло якої, що може

поставити під сумнів обґрунтованість визнання їх суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України.

Закон України «Про запобігання корупції» членів державних колегіальних органів вважає суб'єктами корупційних правопорушень, у тому числі, й спеціального корупційного підкупу. Однак при цьому, таке поняття, як представник влади не вживається. Законодавець обмежується лише вказівкою на те, що колегіальний державний орган – це орган, якому згідно із законодавством надані повноваження здійснювати від імені держави владні управлінські функції.

Але з позицій КК України, де поняття «представник влади» є одним з центральних, такої вказівки явно недостатньо, оскільки згідно зі ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Інакше кажучи, відсутність законодавчого визначення такого поняття, як «представник влади», з одного боку, та положення чинного Закону України «Про запобігання корупції», з іншого, створюють певне підґрунтя для розширювального тлумачення суб'єктного складу злочину, передбаченого ст. 368 КК України, з чим навряд чи можна погодитися. Така ситуація є доволі типовою. Виходом з неї було б закріплення такого поняття, як «представник влади», на рівні КК України. Однак, цілком зрозуміло, що такий крок є можливим лише за умови вирішення відповідних питань (віднесення державних колегіальних органів до однієї з гілок влади, конституювання нових гілок тощо) на конституційному рівні.

Виокремлення такої категорії, як представники влади здійснюється з метою виокремлення групи осіб, які реалізують державно-владні повноваження, але при цьому не мають підлеглих, у зв'язку з чим не здійснюють організаційно-розпорядчих функцій. Проте виконання особою організаційно-розпорядчих функцій не виключає і здійснення нею функцій представника влади. Тому диференціація цих функцій не втрачає своєї актуальності і тоді, коли вони збігаються в одній особі, оскільки це має значення для правильної кримінально-правової оцінки вчиненого та, у підсумку, для вирішення проблеми співвідношення таких понять, як службова та посадова особа. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» усі прокурори в Україні мають єдиний статус незалежно від місця

прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає у прокуратурі [161]. Тобто, усі прокурори, виходячи з їх повноважень, є представниками влади (службовими особами), а деякі з них займають і адміністративні (поряд з посадою представника влади) посади (Генерального прокурора, керівника регіональної чи місцевої прокуратури тощо), виступаючи одночасно і як службові, і як посадові особи. Відповідно до ст. 62 Закону України «Про Національну поліцію» поліцейський під час виконання покладених на поліцію повноважень є представником держави, а його законні вимоги є обов'язковими для виконання всіма фізичними та юридичними особами [162]. Інакше кажучи, усі поліцейські є представниками влади, але безпосереднє керівництво поліцією здійснює керівник поліції (центрального органу управління поліції та територіальних органів поліції), який додатково виконує й організаційно-розпорядчі функції, виступаючи і як посадова особа. У таких випадках виокремлення службових і посадових функцій (не дивлячись на те, що вони збігаються в одній особі) теж є виправданим, оскільки, наприклад, керівник регіональної прокуратури може в одному випадку отримати неправомірну вигоду за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, тобто, діючи як службова особа і зловживаючи владою, а в іншому – за працевлаштування до органів прокуратури зацікавленої у цьому особи, здійснюючи організаційно-розпорядчі повноваження. Однак функції представника влади і посадової особи можуть виконуватися і різними суб'єктами. Так, відповідно до ч. 1 ст. 569 МК України виокремлюються посадові (цей законодавчий акт поняттям «службові особи» не оперує) особи органів доходів і зборів, на яких покладено виконання завдань, зазначених у ст. 544 цього Кодексу, та посадові особи, які здійснюють організаційне, юридичне, кадрове, фінансове та матеріально-технічне забезпечення діяльності цих органів. Очевидно, що останні функції представника влади не виконують. Саме тому у підпункті «е» п. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» йдеться про посадових та службових осіб центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи, оскільки використання

якогось одного терміну необґрунтовано звужить коло суб'єктів, на яких поширюється дія цього Закону.

Втім, так або інакше, зазначені вище обставини не змінюють загального вирішення питання щодо співвідношення службової та посадової особи – вони виконують різні за характером функції. У зв'язку з цим жоден з цих термінів не може розглядатися як узагальнюючий. Використання поняття «посадова особа» як узагальнюючого було виправданим лише за кримінальними кодексами 1922 та 1927 років. Вживання його у такій якості у КК УРСР 1960 р. вже викликало певні сумніви, оскільки цей законодавчий акт виокремлював і представників влади. Термін «службова особа», який фігурує як узагальнюючий у чинному КК України, так або інакше не охоплює собою осіб, які обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, тобто посадових осіб. Звісно ці обставини не є визначальними, коли йдеться про спеціальний корупційний підкуп, передбачений ст. 368 КК України, тому що у примітці до ст. 364 згадуються обидві категорії – і представники влади, і посадові особи. Але це питання набуває принципового значення у межах ст. 368³ (підкуп службової особи юридичної особи приватного права), оскільки функції представників влади можуть виконувати лише працівники юридичних осіб публічного права (так, наприклад, відповідно до п. 14 Положення про Національну поліцію, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 р., Національна поліція є юридичною особою публічного права [166, с. 80], а згідно з ч. 7 ст. 2 Закону України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів» юридичною особою публічного права є зазначене агентство [157]) або особи, яким ці функції делеговані державою. Теж саме стосується і представників органів місцевого самоврядування (останні теж вважаються юридичними особами публічного права [167, с. 195]). Тому використання терміну «службова особа юридичної особи приватного права» є необґрунтованим. Не випадково, у ст. 364¹ КК України йдеться про зловживання повноваженнями, на відміну від ст. 364 КК України, де передбачається відповідальність за зловживання владою або службовим

становищем, хоча знов таки і у найменуванні, і у диспозиції ст. 364¹ використовується поняття «службова особа».

Викладене зумовлює необхідність заміни у найменуванні та диспозиції ч. 1 ст. 364¹ та ч. 1 та ч. 3 ст. 368³ КК України словосполучення «службова особа» на словосполучення «посадова особа».

3.2. Підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції

Як неодноразово зазначалося, посадовими є особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції. Організаційно-розпорядчі функції – це обов’язки щодо здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, комунальних чи приватних підприємств, установ або організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири тощо).

Адміністративно-господарські функції – це обов’язки з управління або розпорядження державним, комунальним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальницьких, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревизорів та контролерів тощо [24, с. 235].

КК України передбачає два види посадових осіб: 1) осіб, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях (до державних та комунальних

підприємствах прирівнюються і юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства); 2) осіб, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в юридичних особах приватного права (товариствах, установах, господарських об'єднаннях).

Отже, перші є суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України, а другі - спеціального корупційного підкупу, передбаченого ч. 3 та ч. 4 ст. 368³ КК України.

На відміну від КК України, де суб'єктами спеціального корупційного підкупу виступають службові чи посадові особи, відповідно до Закону України «Про запобігання корупції» суб'єктами передбачених ним правопорушень визнаються особи, зазначені в частині першій ст. 3 цього Закону (ч. 1 ст. 65).

При цьому не важко помітити, що чинний Закон України «Про запобігання корупції», на відміну від попередніх, основну увагу зосереджує не на протидії корупції, а на запобіганні цьому явищу, що підкреслюється навіть у його назві. Одним з центральних інститутів Закону є інститут декларування доходів. Тому поряд з такими категоріями, як суб'єкт корупційних правопорушень та суб'єкт правопорушень, пов'язаних з корупцією, тут виокремлюється ще одна категорія – суб'єкти декларування. Відповідно до ст. 1 Закону – це особи, зазначені у п. 1, підпунктах «а» і «в» п. 2, п. 4 ч. 1 ст. 3, а також інші особи, які зобов'язані подавати декларацію. Це поняття може перетинатися з поняттям суб'єктів корупційних правопорушень чи правопорушень, пов'язаних з корупцією, а може позиціонуватися і як самостійна категорія, оскільки суб'єкти декларування можуть і не визнаватися суб'єктами відповідних правопорушень.

Так, поняттям «суб'єкти, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції» охоплюються і кандидати у народні депутати України, кандидати на пост Президента України, кандидати в депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, сільських, селищних рад, кандидати на посади сільських, селищних, міських голів та

старост (п. 4 ч. 1 ст. 3). Але, ні корупційних правопорушень, ні правопорушень, пов'язаних з корупцією, суб'єктами яких виступали б зазначені особи, чинні КК України та КУпАП не передбачають. З точки зору чинного КК України, вони не є службовими або посадовими особами, а згідно з примітками до ст. 366¹ КК та ст. 172⁶ КУпАП суб'єктами передбачених тут правопорушень є особи, зазначені у п. 1, підпунктах «а» і «в» п. 2 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Інколи суб'єкти декларування можуть визнаватися суб'єктами діянь, передбачених ст. 366¹ КК чи ст. 172⁶ КУпАП, не виступаючи при цьому суб'єктами спеціального корупційного підкупу. Так, відповідно до підпункту «ї» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», яким ця стаття була доповнена згідно із Законом України від 2 жовтня 2019 р. [171], суб'єктами декларування визнані також особи, які займають посади патронатної служби, визначені Законом України «Про державну службу», крім осіб, які виконують свої обов'язки на громадських засадах, помічники суддів. Але, як зазначалося вище, з кримінально-правових позицій ці особи не належать до категорії службових чи посадових.

Не є суб'єктами спеціального корупційного підкупу і члени конкурсних чи дисциплінарних комісій, Громадської ради доброчесності, хоча вони і є суб'єктами декларування [202; 179; 203].

В інших випадках, навпаки, особа може визнаватися суб'єктом корупційних правопорушень та правопорушень, пов'язаних з корупцією, але не визнаватися суб'єктом декларування. Так, наприклад, державні та приватні нотаріуси, відповідно до п. 3¹ згаданих вище Роз'яснень Національного агентства з питань запобігання корупції до суб'єктів декларування не належать і декларації не подають. Водночас, нотаріуси є суб'єктами правопорушень, передбачених ст. ст. 172⁵, 172⁷, 172-9², оскільки на них поширюються вимоги та обмеження, передбачені статтями 22, 23, 28 Закону «Про запобігання корупції» (обмеження щодо виконання службових повноважень чи свого становища, обмеження щодо одержання подарунків, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів) [159]. Обов'язок щодо подання декларації покладено лише на завідуючого державної нотаріальної контори,

оскільки він є посадовою особою юридичної особи публічного права, яка виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції.

Не є суб'єктами декларування особи, зазначені у п. 3 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», та суб'єкти загального корупційного підкупу. Не поширюється дія розділу VII «Фінансовий контроль» також на осіб, зазначених у ч. 5 та 6 ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції», посадових осіб, які входять до складу наглядової ради банків, придбаних державою відповідно до ст. 45¹ Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», та осіб, які тимчасово виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки на час відсутності керівника структурного підрозділу у звітному періоді [159], хоча з кримінально-правових позицій зазначені категорії традиційно визнаються суб'єктами злочинів у сфері службової діяльності, в тому числі, й спеціального корупційного підкупу [19, с. 1013-1014].

Отже, поняття суб'єкта декларування, як правило, не впливає на об'єм такого кримінально-правового поняття, як службова чи посадова особа і має значення виключно для визначення кола суб'єктів деяких корупційних правопорушень (ст. 366¹ КК України) та правопорушень, пов'язаних з корупцією (ст. 172⁶ КУпАП).

Однак ситуацію суттєво ускладнює та обставина, що вирішуючи питання про те, належить чи ні особа до суб'єктів декларування, НАЗК найчастіше використовує такий критерій, як виконання особою організаційно-розпорядчих функцій. Наявність таких функцій дозволяє агентству визнавати особу посадовою, а оскільки у підпункті «и» п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» йдеться про посадових осіб державних органів, то й посадовими особами цих органів. Як зазначалося вище, на думку НАЗК працівники патронатних служб не здійснюють організаційно-розпорядчих функцій. Проте керівники патронатних служб можуть давати обов'язкові вказівки іншим працівникам патронатної служби. Тому, якщо до повноважень керівника патронатної служби належать організаційно-розпорядчі функції, він є посадовою особою державних органів [159].

Такий підхід суттєво розширює вже кримінально-правове поняття посадової особи, оскільки органи патронатної служби до державних органів не належать. Їх

основне призначення полягає у забезпеченні повноцінного функціонування посадової особи. Так, наприклад, відповідно до ст. 25 Закону України «Про Конституційний Суд України» науковий консультант і помічник виконують доручення судді Конституційного Суду України зі справ конституційного провадження [198]. Навіть якщо виходити з широкого розуміння поняття посадової особи як особи, що виконує організаційно-розпорядчі чи консультативно-дорадчі функції, це зовсім не означає, що такі функції можуть виконуватися у будь-якій структурі і саме їх виконання дає змогу визнати таку структуру державним органом.

КК України не тільки не визнає консультативно-дорадчі функції функціями посадової особи, а й обмежує виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій підприємствами, установами та організаціями. Жодне з цих понять патронатну службу не включає. Безумовно, консультативні, дорадчі та інші допоміжні служби можуть набувати статусу державних органів. Так, наприклад, допоміжним органом при Президенті України є Рада національної безпеки та оборони (РНБО). Інформаційно-аналітичне та організаційне забезпечення діяльності РНБО здійснює її апарат, який очолює секретар РНБО. Апарат є юридичною особою, а його посадові особи є державними службовцями [196]. Статус РНБО не дозволяє вважати його самостійним органом державної влади, але він є державним органом, оскільки державних службовців в недержавних органах не може бути за визначенням. Іншим допоміжним органом Президента України є Представництво президента в АРК. Проте у Законі України «Про Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим» вже чітко визначено, що це Представництво є державним органом [197].

Однак одне лише виконання керівником патронатної служби організаційно-розпорядчих функцій не перетворює цю службу на державний орган, а її працівників на державних службовців, як і та обставина, що створюються вони в (при) державних органах. Тому керівники патронатної служби не є посадовими особами.

Теж саме стосується і керівників служби інспекторів Вищої Ради правосуддя та Вищої кваліфікаційної комісії суддів, які, поза сумнівів, виконують певні

організаційно-розпорядчі функції. Але ця обставина теж не перетворює службу інспекторів на державний орган.

Отже, поняття суб'єктів, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції», охоплює собою: 1) суб'єктів корупційних правопорушень, у тому числі й спеціального корупційного підкупу; 2) суб'єктів правопорушень, пов'язаних з корупцією; 3) суб'єктів декларування. Враховуючи зазначену вище специфіку кожного з цих понять, вони повинні розглядатися виключно як автономні категорії.

Оскільки службові та посадові особи є суб'єктами спеціального корупційного підкупу, вони співвідносяться з поняттям суб'єктів, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції», як частина та ціле.

Разом з цим слід зазначити, що ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» передбачає дещо іншу класифікацію суб'єктів, на яких поширюється дія цього Закону, поділяючи їх на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та осіб, які для цілей цього Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Аналіз положень, які містяться у пункті першому цієї статті, та відповідної нормативної бази, що стосується згаданих тут осіб, зокрема Закону України «Про Національну поліцію» [162], Закону України «Про державне бюро розслідувань» [175], Закону України «Про Національне антикорупційне бюро» [60], Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» [176], Закону України «Про Центральну виборчу комісію» [177], Закону України «Про Вищу Раду правосуддя» [178] тощо дозволяє зробити висновок про те, що так або інакше поняття особи, яка уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не виходить за межі таких понять, як службова чи посадова особа, крім державних службовців, які не виконують функції представників влади або організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, оскільки у багатьох випадках особи, які виконують такі функції, є одночасно і державними службовцями (наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 10 члени Національного агентства з

питань запобігання корупції є державними службовцями), та інспекторів. Тому у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» фактично йдеться про чотири категорії осіб: службових, посадових, державних службовців та інспекторів.

Що ж стосується безпосередньо посадових осіб, то запропонована законодавцем у ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» класифікація згадує: 1) посадових осіб державних органів і органів місцевого самоврядування; 2) посадових осіб юридичних осіб публічного права, які не зазначені у п. 1 ч. 1 цієї статті та 3) осіб, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Оскільки державні органи та органи місцевого самоврядування теж є юридичними особами публічного права, критерієм віднесення їх посадових осіб до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є наявність чи відсутність у юридичної особи публічного права державно-владних повноважень чи повноважень територіальних громад.

На таке вирішення питання орієнтує і визначення поняття державного органу як органу державної влади, якому надані повноваження здійснювати від імені держави владні управлінські функції (цим положенням ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» була доповнена згідно із Законом від 23 березня 2017 р. [146]). Відповідно органи місцевого самоврядування – це органи, які наділені владними управлінськими повноваженнями територіальними громадами. Юрисдикція перших може поширюватися на всю територію України або на окрему адміністративно-територіальну одиницю, а других – на певну територіальну громаду.

Таким чином, посадові особи державних органів та органів місцевого самоврядування виокремлюються у Законі України «Про запобігання корупції» лише з метою визнання їх особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що, насамперед, має значення для застосування цього Закону, однак не впливає на кримінально-правовий зміст зазначеного поняття,

оскільки організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції можуть виконуватися не тільки в державних органах або органах місцевого самоврядування, а й в державних та комунальних підприємствах, які держава та територіальні громади можуть створювати відповідно до ст. 167, ст. 169 ЦК України і які не мають владних повноважень. До посадових осіб таких структур, як правило, належать керівники підприємств, головні бухгалтери, члени виконавчого та інших органів управління підприємства, члени наглядової ради, хоча статутом підприємства посадовими можуть бути визнані й інші особи.

Поряд з державними та комунальними підприємствами можуть утворюватися і об'єднання підприємств, які теж є юридичними особами публічного права (ч. 4 ст. 118 ГК України) [184]. До таких об'єднань належить, наприклад, державний концерн «Укроборонпром», який є державним господарським об'єднанням, утвореним відповідно до постанови Кабінету Міністрів України [185].

Крім підприємств та їх об'єднань, держава та територіальні громади можуть створювати і банки. Ці суб'єкти теж не здійснюють публічно-владних повноважень, хоча їх посадові особи виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції [180].

Крім підприємств, їх об'єднань та банків, державою чи територіальною громадою можуть створюватися й інші юридичні особи публічного права, які не мають статусу органу публічної влади: спеціалізовані фінансові установи [182], спеціально уповноважені державою установи [183], спеціальні заклади [186], фінансові установи [187], заклади вищої освіти [189] тощо.

Отже, з кримінально-правової точки зору особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції в державних або муніципальних органах та інших юридичних особах публічного права, є посадовими особами незалежно від того, уповноважені вони на виконання функцій держави або місцевого самоврядування чи ні.

Проте, не важко помітити, що на відміну від Закону України «Про запобігання корупції», який використовує термін «посадові особи юридичних осіб публічного права», КК України цим поняттям не оперує.

Пропонуючи класифікацію юридичних осіб на осіб публічного і приватного права, законодавець передбачає лише один її критерій – порядок їх створення. Перші створюються розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування, а другі – на підставі установчих документів чи модельного статуту (ст. 81 ЦК України). У цивільно-правовій літературі додається, що юридичні особи публічного права створюються незалежно від волі приватних осіб, як правило, для здійснення спеціальних функцій, не обумовлених їх участю у цивільному обороті (наприклад, міністерства, установи соціальної сфери, культурно-освітня заклади та інші). А юридичні особи приватного права, навпаки, створюються за ініціативою приватних осіб на договірних засадах саме з метою участі у різних цивільно-правових відносинах [190, с. 32].

Однак зазначені вище державні та комунальні підприємства, які одержують доходи від своєї виробничо-господарської діяльності і покривають цими доходами свої витрати, тобто виступають в обороті як відокремлені товаровиробники, теж створюються з метою їх участі у цивільних правовідносинах (у ч. 1 ст. 79 ГК України, на відміну від ЦК України, підприємства теж визнаються різновидом господарських товариств). Більше того, держава та територіальні громади можуть створювати й юридичні особи приватного права (ч. 3 ст. 167, ч. 3 ст. 168, ч. 3 ст. 169 ЦК України), зокрема, підприємницькі товариства, одним з різновидів якого є акціонерне товариство. Відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України від 17 вересня 2008 р. засновниками акціонерного товариства визнаються держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, а також фізичні та/або юридичні особи, що прийняли рішення про його заснування [191]. У частині першій ст. 5 цього Закону акціонерні товариства поділяються за типом на публічні та приватні, що є аналогом такого поняття, як відкрите та закрите товариство (передбачалося в Законі України «Про господарські товариства»), і не передбачається їх поділ на акціонерні товариства публічного та приватного права. Таким чином, будь-яке товариство, незалежно від форми власності, є юридичною

особою приватного права. Так, наприклад, відповідно до статуту державного публічного акціонерного товариства «Будівельна компанія «Укрбуд» компанія є державним відкритим акціонерним товариством, метою якого є, поряд з іншим, одержання прибутку від усіх видів діяльності, дозволеної законодавством [193]. Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» **у якості** учасників таких товариств теж згадує державу або органи місцевого самоврядування. У ч. 5 ст. 89 ГК України передбачається обов'язок господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків (часток, паїв) належать державі, за кожний наступний рік складати і виконувати річний фінансовий план. Отже, господарські товариства, які за загальним правилом є юридичними особами приватного права можуть визнаватися юридичними особами публічного права, якщо більш ніж 50 відсотків акцій (часток, паїв) у них належить державі чи територіальній громаді. Не випадково, підпункт «а» п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» у редакції Закону від 2 жовтня 2019 р. до посадових осіб юридичних осіб публічного права прирівнює осіб, які входять до складу наглядової ради державного банку, державного підприємства або державної організації, що має на меті одержання прибутку, господарського товариства, у статутному капіталі якого більш 50 відсотків акцій (часток) належить державі.

У цивілістиці необхідність поділу юридичних осіб на осіб публічного і приватного права мотивується тим, що поширений у країнах СНД поділ таких осіб на комерційні та некомерційні є умовним, оскільки і некомерційні організації досить часто виконують роботи, надають послуги, отримуючи при цьому прибуток [190, с. 321]. Однак, як було зазначено вище, поділ юридичних осіб залежно від порядку їх створення теж не є універсальним, тому що юридичні особи приватного права можуть створюватися і державними органами та органами місцевого самоврядування. Інакше кажучи, порядок виникнення юридичної особи (розпорядчий чи установчий) на характер її діяльності не впливає. Вирішальне значення, як і раніше, має форма власності, на якій заснована певна структура, та частка такої власності у статутному капіталі юридичної особи. До речі, саме цей

критерій використовує чинний ГК України, виокремлюючи види та організаційні форми підприємств (ст. 63).

Перехід до ринкової економіки зумовив появу нових організаційно-правових форм, покликаних забезпечити поєднання майнових та інших інтересів різних учасників відносин у сфері господарювання, що теж знайшло відображення у національному господарському та цивільному законодавстві, внаслідок чого з'явилося поняття юридичної особи приватного права.

Розробники КК України 2001 р. (ГК України і ЦК України були прийняті 16 січня 2003 р. та набрали чинності з 1 січня 2004 р.), вірогідно, орієнтувалися на Закон України «Про власність». Тому поняття посадової особи було пов'язане з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій на підприємствах, в установах чи організаціях. Проте, криміналізуючи у 2011 р. комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права та уточнюючи суб'єктний склад діянь, передбачених ст. ст. 364 та 368, законодавець не пішов шляхом конституювання такого поняття, як юридична особа публічного права, що виглядало б цілком логічним на фоні чинного ЦК України. Він зв'язав поняття посадової особи з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях, а також на підприємствах, де державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства. Такий крок є абсолютно правильним. В іншому випадку статус, наприклад, державного банку або публічного акціонерного товариства неможливо було б визначити, оскільки, з одного боку, вони виникають у розпорядчому порядку, а з іншого, – за своєю суттю є господарськими товариствами, тобто юридичними особами приватного права і тільки вказівка на державну чи комунальну власність на ці об'єкти та вказівка на державну чи комунальну частку дозволяє однозначно вирішити питання щодо суб'єктного складу спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України.

В Україні й досі не існує єдиного законодавчого акту, який би визначав систему організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, а також ті ознаки, які покладені в основу класифікації різних видів організаційно-правових форм. До того ж, відомі законодавству форми притаманні й юридичним особам публічного права. Тут теж ідеться про підприємства, установи (ч. 1 ст. 83 ЦК України передбачає установи і як організаційно-правову форму юридичної особи приватного права), організації, господарські товариства, заклади тощо. На цьому фоні, запровадження у КК України такого поняття, як юридична особа приватного права видається рішенням передчасним. Не випадково, кримінальні кодекси колишніх радянських республік таким поняттям не оперують, пов'язуючи поняття суб'єкта відповідних злочинів з особами, які здійснюють управління комерційними, громадськими чи іншими недержавними організаціями (наприклад, глава XVI КК Республіки Молдова). Тому логічніше було б передбачити зворотнє п. 1 примітки до ст. 364 КК визначення, зв'язавши поняття суб'єкта зловживання повноваженнями (ст. 364¹) та спеціального корупційного підкупу (ч. 3 та ч. 4 ст. 368³) з особою, яка виконує організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції на приватних підприємствах, підприємствах колективної власності, підприємствах, заснованих на змішаній формі власності, державна чи комунальна частка у яких не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства, а також у недержавних чи некомунальних установах та організаціях.

Виходячи з цього, можна було б запропонувати доповнити примітку до ст. 364¹ пунктом першим такого змісту: «1. Посадовими особами у статтях 364¹ та 368³ цього Кодексу є особи, які обіймають постійно чи тимчасово на приватних підприємствах, підприємствах колективної власності, підприємствах, заснованих на змішаній формі власності чи в інших господарських товариствах, державна чи комунальна частка у яких не перевищує 50 відсотків або становить величину, що не забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства, а також у недержавних та

некомунальних установах, об'єднаннях чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом чи повноважною особою такого підприємства, господарського товариства, установи чи організації». Подібний крок дозволить уникнути вживання у КК України такого до кінця невизначеного (навіть у цивілістичній науці) поняття, як юридична особа приватного права, узгодити між собою питання суб'єктного складу різних видів спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 та ч. 3, ч. 4 ст. 368³, та, взагалі, зробити поняття посадової особи більш зрозумілим.

Разом з цим слід зазначити, що у сучасній кримінально-правовій літературі існування у КК України терміну «юридична особа» знаходить і підтримку. Так, наприклад, К.О. Овод проголошує вислів «підприємство, установа чи організація» пережитком та відлунням радянського права та пропонує замінити його у ст. 354 КК України на термін юридична особа» [74, с. 72-73]. Мотивує свою пропозицію автор тим, що поняття юридичної особи охоплює собою усі види колективних утворень, а тому саме воно і повинно бути відображено у назві та диспозиції ст. 354 КК [74, с. 73].

У світлі вищевикладеного напрошується протилежний висновок – поняття юридичної особи не є універсальним в плані визначення суб'єктного складу спеціального корупційного підкупу, оскільки поняття юридичної особи публічного права не охоплює собою суб'єктів публічного права, які не мають статусу юридичної особи (відповідно до абз. 4 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» державним органом визнається і суб'єкт публічного права, який не має статусу юридичної особи), що не заважає їм визнаватися суб'єктом злочину, передбаченого ст. 368 КК України (Президент України, народні депутати України тощо), а поняття «юридична особа приватного права» – фізичних осіб-підприємців, керівників громадських об'єднань, що не мають статусу юридичної особи, які цілком можуть визнаватися суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368³ КК України.

У той же час вказівка у п. 1 примітки до ст. 364 на установи дозволяє охопити цим поняттям будь-який державний орган (включаючи й суб'єкта публічного права, який не має статусу юридичної особи) чи орган місцевого самоврядування та бюджетну установу (зокрема, фонди, які є неприбутковими бюджетними установами), а вказівка на організацію – господарські товариства, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток, паїв) належить державі чи територіальній громаді. Вживання у п. 1 примітки до ст. 364 поняття «юридичні особи публічного права» унеможливить таке вирішення питання, оскільки господарські товариства є юридичними особами приватного права. У зв'язку з цим можна було б запропонувати доповнити п. 1 примітки до ст. 364 вказівкою на господарські товариства та викласти її у такій редакції: «Для цілей статей 364, 368, 368², 369 цього Кодексу до державних та комунальних підприємств чи інших господарських товариств прирівнюються юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства чи іншого господарського товариства».

Ототожнення господарського товариства з організацією є цілком закономірним, оскільки з позицій чинного ЦК України (як, до речі, й попереднього) будь-яка юридична особа – це організація (ч. 1 ст. 80 ЦК України). Поряд з цим, цей термін охоплює і приватні організації, що дозволяє визнати суб'єктом злочинів, передбачених ч. 3, ч. 4 ст. 368³ КК України, й фізичних осіб-підприємців.

Слід також звернути увагу й на те, що у сучасній адміністративно-правовій літературі такі поняття, як державний орган та орган державної влади виокремлюються. До державних органів відносили, наприклад, Адміністрацію Президента [97, с. 206], яка не була органом державної влади, оскільки не мала власних владних повноважень [139, с. 743]. У Положенні про Офіс Президента України, яке затверджено Указом Президента України від 25 червня 2019 р. [194], зазначається, що він є постійно діючим допоміжним органом. Серед прав, які надані Офісу Президента України, про право за власною ініціативою вступати у

правовідносини з іншими органами не згадується. Тому у такі правовідносини він може вступати тільки за дорученням глави держави. У той же час у Положенні згадуються державні службовці Офісу Президента та керівник Апарату Офісу Президента України, який здійснює повноваження з питань державної служби та організації роботи державних службовців. Як відомо, державний службовець – це громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі чи його апараті (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про державну службу»). Виходячи з цього, Офіс Президента є державним органом. Аналіз повноважень керівника Офісу, його першого заступника та заступників, керівника Апарату Офісу Президента, керівників самостійних структурних підрозділів Офісу свідчить про те, що вони виконують організаційно-розпорядчі функції, а згідно з приміткою до ст. 50 Закону України «Про запобігання корупції» у редакції Закону від 2 жовтня 2019 р. керівник Офісу Президента, його Перший заступник та заступник визнані навіть службовими особами, які займають особливо відповідальне становище. Але статусу юридичної особи Офіс не має.

Статусу юридичної особи не мають і деякі інші органи, наприклад, дільничні виборчі комісії. Том, скасування такого усталеного поняття, як «підприємство, установа, організація» та заміна його поняттям «юридична особа» позбавить можливості притягувати цих осіб до відповідальності за спеціальний корупційний підкуп.

Таким чином, видається можливим зазначити наступне. Таке узагальнююче поняття, як «підприємство, установа, організація» не тільки не втратило своєї актуальності, а навпаки, у сучасних умовах набуло нового змісту. Якщо ст. 24 ЦК УРСР 1963 р. пов'язувала підприємство як організацію, що знаходиться на господарському розрахунку, лише з державною власністю, установу – з державною організацією, яка перебуває на державному бюджеті, а організацію – з державною організацією, що фінансується за рахунок інших джерел [195], то на сьогодні ситуація докорінно змінилася. Ці складові мають інше функціональне навантаження, що дозволяє терміну «підприємство, установа, організація» не тільки зберігати свою

актуальність, а й позиціонувати його як більш широке, порівняно з юридичною особою, поняття.

Разом з цим слід підкреслити, що таке поняття, як «підприємство, установа, організація» виконує і певну обмежувальну функцію. Якщо та чи інша структура не належить до жодної з цих складових, то її керівник не може бути визнаний посадовою особою, не дивлячись на те, що він виконує організаційно-розпорядчі функції. В іншому випадку посадовими особами доведеться визнати і керівників злочинних організацій, які поза сумнівів виконують такі функції. Тому пропозиції щодо відмови від поняття «підприємство, установа, організація», принаймні на цьому етапі розвитку вітчизняного законодавства, є недоцільними.

Повертаючись до запропонованої законодавцем у ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» класифікації, ще раз підкреслимо, що вона не впливає на зміст такого кримінально-правового поняття, як посадова особа, але має значення для встановлення кола суб'єктів деяких корупційних правопорушень та правопорушень, пов'язаних з корупцією. Так, наприклад, суб'єктами незаконного збагачення (ст. 368⁵ КК України було доповнено згідно із Законом України від 31 жовтня 2019 р. [172]) визнаються виключно особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Особи, уповноважені на виконання функцій держави, фігурують як адресат впливу при вчиненні підкупу, передбаченого ст. 369² КК України. Виключно особи, уповноважені на виконання функцій держави, визнаються суб'єктами такого правопорушення, пов'язаного з корупцією, як порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності (ст. 172⁴ КУпАП).

У адміністративно-правовій літературі неодноразово обговорювалося питання щодо необхідності розмежування таких понять, як державний політичний діяч та державний службовець [154, с. 210]. При цьому наголошувалося, що форми реагування на порушення порядку публічного управління та політичної діяльності повинні бути різними. У першому випадку може наступати юридична відповідальність (кримінальна чи адміністративна), а у другому – політична відповідальність, під якою розуміється настання негативних наслідків для суб'єктів

політичної діяльності у разі неналежного виконання ними покладених на них функцій [97, с. 52]. На необхідності розмежування названих видів відповідальності наголошувалося і в низці міжнародно-правових документів [206]. Аналогічний підхід є характерним і для деяких національних нормативно-правових актів [204; 205]. Керуючись подібною мотивацією, законодавець скасував кримінальну відповідальність: за перевищення влади або службових повноважень, що вчиняється службовими особами, залишивши як суб'єкта такого перевищення лише працівника правоохоронного органу (ст. 365 КК України); за перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 365¹ КК України); за зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем (ст. 423 КК України) та за перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень (ст. 424 КК України), перевівши їх у розряд адміністративних правопорушень (ст. 172¹³ та ст. 172¹⁴ КУпАП). Крім цього, відповідальність службової особи за зловживання владою або службовими становищем була пов'язана виключно з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди (ст. 364 КК України) [207].

Адміністративне законодавство не передбачає переліку осіб, які належать до державних політичних діячів. У ч. 3 ст. 3 Закону України «Про державну службу» лише визначаються особи, на яких не поширюється дія цього Закону. У теорії адміністративного права під державними політичними діячами пропонується розуміти осіб, які набули цього статусу в результаті обрання народом України або призначення всенародно обраними носіями влади за особливими процедурами на певний термін, приймають у межах своїх повноважень нормативні рішення, ґрунтуються на власних політичних пріоритетах і несуть політичну відповідальність за свою діяльність [154, с. 210].

Утім, кримінальне законодавство містить перелік осіб, які належать до державних діячів. Причому варіанти цих переліків суттєво відрізняються (ст. 112, ст. 344, ст. 346). Виходячи з наведеного вище визначення державного політичного діяча, можна стверджувати, що не всі із зазначених тут осіб відповідають його ознакам. Так, наприклад, директор Національного антикорупційного бюро (ст. 344

КК України) не може ґрунтувати свою діяльність на власних політичних пріоритетах, оскільки повинен бути політично не упередженим. До того ж, НАБУ є правоохоронним органом, що робить можливим визнання його Директора суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365 КК України. З цього випливає, що поняття «державний політичний діяч» та «державний діяч» є різними за змістом. Але у будь-якому випадку ніяких перешкод для визнання й тих, й інших суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України, немає, оскільки одержання неправомірної вигоди ні за яких обставин не може розглядатися як складова політичної чи державної діяльності.

У ст. 112 та ст. 346 КК України виокремлюється і поняття громадського діяча, під яким розуміється керівник політичної партії (ст. 112) та керівник політичної партії України (ст. 346). Відповідно до ст. 2 Закону України «Про політичні партії» політична партія – це зареєстроване згідно з законом добровільне об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах. Керівні органи політичної партії обираються на її установчому з'їзді (конференції, зборах) [208]. Отже, керівники політичної партії, насамперед, здійснюють громадсько-політичну діяльність і в цьому аспекті є суб'єктами політичної відповідальності. Але одержання неправомірної вигоди теж не є її складовою. Тому керівник політичної партії повинен визнаватися суб'єктом злочинів, передбачених ч. 3 чи ч. 4 ст. 368³ КК України.

Підсумовуючи викладене, зазначимо наступне. Суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 КК України, є службові особи та посадові особи державного чи муніципального або прирівняного до них сектору, а підкупу, передбаченого ст. 368³ КК України – посадові особи приватного чи прирівняного до нього сектору. Визначення їх кола необхідно здійснювати лише з кримінально-правових позицій, а такі поняття, як «суб'єкт декларування» та «особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» слід розглядати виключно як автономні, щодо службової чи посадової особи, категорії.

3.3. Підкуп, предметом якого є повноваження на вчинення юридично значущих дій

Як відомо, КК УРСР 1922 та КК УРСР 1927 р. зміст функцій посадової особи не розкривали. Але аналіз літератури та судової практики тих років свідчить про виокремлення адміністративно-господарських, оперативно-розпорядницьких функцій, а також такої функції, як вчинення юридично значущих дій [154, с. 216], які здатні породжувати, змінювати або припиняти правовідносини [27, с. 117].

КК УРСР 1960 р. конкретизував функції посадової особи, вказавши на функції представника влади, організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції. Про функцію вчинення юридично значущих дій у ч. 2 ст. 164 цього законодавчого акту не згадувалось. Однак вже в середині 60-х років минулого століття вітчизняна судова практика почала визнавати посадовими осіб, які мали право вчиняти юридично значущі дії. Першим таким випадком була справа дільничного лікаря Забабуріна, який за винагороду видав лист тимчасової непрацездатності. В Ухвалі Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду РРФСР від 11 липня 1966 р. зазначалося, що за змістом закону під посадовими особами, які можуть нести відповідальність за хабарництво, розуміються й такі особи, які за характером виконуваних службових обов'язків вчиняють дії, які тягнуть правові наслідки [19, с. 1010]. З того часу, поряд з лікарями, які за винагороду видавали листи непрацездатності, суб'єктами одержання хабара почали визнаватися викладачі вищих навчальних закладів, які приймаючи поточні іспити, одержували від студентів винагороду за виставлення оцінок чи високих оцінок, викладачі, які тимчасово зараховувалися на роботу в навчальний заклад для прийому вступних іспитів і виставляли високі оцінки абітурієнтам за матеріальну винагороду, члени екзаменаційних комісій середніх учбових закладів, які вчиняли ті самі дії, майстри виробничого навчання професійно-технічних училищ, які отримували винагороду від учнів-випускників за надання позитивних характеристик і рекомендацій в кваліфікаційну комісію для присвоєння їм підвищеного кваліфікаційного розряду, державні нотаріуси, які отримували винагороду за оформлення незаконної угоди тощо [19, с. 1013-1015].

Практика визнання суб'єктами одержання хабара лікарів, викладачів, державних нотаріусів та інших осіб, які могли вчиняти юридично значущі дії дещо суперечила чинному КК, який при визначенні посадової особи таку функцію, як вчинення дій, що породжують певні правові наслідки, не виокремлював. Проблема могла бути вирішена шляхом доповнення дефініції посадової особи вказівкою на цю функцію. Проте законодавець цього так і не зробив. Щоб вийти з цього замкнутого кола, в теорії було запропоновано розглядати право вчиняти юридично значущі дії як складову організаційно-розпорядчої функції [27, с. 117], хоча цілком зрозуміло, що ніякого керівництва ці особи не здійснювали і ніяких підлеглих не мали. У цьому сенсі слід погодитися з П.П. Андрушком, який наголошує на тому, що зазначені особи безпідставно визнавалися службовими особами [58, с. 92].

Модернізуючи визначення службової особи вже за чинним КК України, законодавець так і не пішов шляхом розширення її функцій. У підсумку, самотійним суб'єктом спеціального корупційного підкупу були визнані особи, які надають публічні послуги (ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України).

Одразу хотілося б зазначити, що виокремлення такого різновиду корупційного підкупу було обумовлено не особливостями його спеціального суб'єкта, а специфікою функції, що виконується. Оскільки вчинення юридично значущих дій традиційно розглядалося як функція посадової особи, то суб'єктом злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ України, можуть виступати й вони.

Тому не можна погодитися з висловленою у літературі думкою про те, що зазначені особи не можуть бути виконавцями підкупу, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України. Так, наприклад, Ю.І. Шиндель пропонує замінити словосполучення «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування» на словосполучення «не є службовою особою» для того, щоб чітко відмежувати осіб, які надають публічні послуги від службових осіб [211, с. 11]. Але ця пропозиція проблему аж ніяк не вирішує, тому що не позбавляє права службових та посадових осіб вчиняти юридично значущі дії.

Усвідомлення того факту, що публічні послуги можуть надаватися і службовими особами, призводить авторів і до інших, доволі парадоксальних,

висновків. Так, наприклад, А.В. Савченко і О.В. Кришевич вважають, що особи, які надають публічні послуги, здійснюють організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції, але не належать при цьому до службових осіб [18, с. 878]. Ця позиція обумовлена тим, що, як вже зазначалося, ще з середини 60-х років минулого століття вчинення юридично значущих дій традиційно розглядалося як складова організаційно-розпорядчої функції. Тому, на думку багатьох авторів особи, які надають публічні послуги, виконують організаційно-розпорядчу функцію, але при цьому не є службовими особами.

К.К. Овод вважає, що службові особи можуть бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365² КК України, але виключно службові особи юридичних осіб приватного права, оскільки використовуючи словосполучення «не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування», законодавець, на її думку, вказує на те, що ці особи не належать до держави чи місцевого самоврядування [74, с. 127]. Ця позиція теж не витримує критики, оскільки, наприклад, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб є установою, що виконує спеціальні функції і є юридичною особою публічного права [209]. Теж саме стосується і Державної виконавчої служби [210]. Тому, ще раз підкреслимо, що встановлюючи відповідальність осіб, які надають публічні послуги, у самостійній ст. 368⁴ КК України, законодавець намагався виокремити не суб'єкта цього злочину, а повноваження на здійснення певної функції, виходячи з того, що публічні послуги можуть надаватися різними суб'єктами, у тому числі й службовими чи посадовими особами. Сучасне національне кримінальне законодавство не визнає функцію вчинення юридично значущих дій функцією службової або посадової особи. Але це зовсім не означає, що такі особи не можуть вчиняти зазначених дій.

Слушними у цьому сенсі є міркування В.М. Киричка. Аналізуючи повноваження арбітражних керуючих, автор доходить висновку, що за своїм кримінально-правовим значенням такі повноваження можуть бути поділені на дві групи. До першої належать ті повноваження, які підпадають під законодавче визначення службових осіб. Так, у судових процедурах санації та ліквідаційної процедури арбітражні керуючі виконують повноваження керівника (органів

управління) банкрута, що підпадає під визначення службової особи, яка виконує організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, наданим судом. У певних випадках такими повноваженнями суд може наділити арбітражного керуючого і в судовій процедурі розпорядження майном (ч. 12 ст. 22 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом») [212]. До другої групи належать всі інші повноваження арбітражних керуючих, наприклад, повноваження розпорядника майна щодо ведення реєстру кредиторів. Таким чином, до повноважень арбітражних керуючих входять як повноваження службової особи, так й інші повноваження. Тому арбітражні керуючі повинні визнаватися службовими особами у кримінально-правовому значенні лише у тих випадках, коли вони наділені судом спеціальними повноваженнями здійснювати організаційно-розпорядчі та/або адміністративно-господарські функції, а в решті випадків визнаватися особами, які надають публічні послуги [59, с. 47-48]. Отже, арбітражні керуючі можуть бути і суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ст. 368 (положення згаданого вище Закону не застосовуються лише до юридичних осіб – казенних підприємств і повністю поширюються на державні комерційні підприємства, які є суб'єктами підприємницької діяльності) чи ч. 3, ч. 4 ст. 368³, і суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴. Все залежить від того, які саме повноваження здійснюють ці особи.

Така ж ситуація є характерною і для посадових осіб органів місцевого самоврядування, коли вони вчиняють нотаріальні дії. Відповідно до ст. 37 Закону України «Про нотаріат» такі особи вчиняють наступні нотаріальні дії: 1) вживають заходів щодо охорони спадкового майна; 2) посвідчують заповіти (крім секретних); 3) видають дублікат посвідчених ними документів; 4) засвідчують вірність копій (фотокопій) документів і виписок з них; 5) засвідчують справжність підпису на документах; 6) видають свідоцтва про право на спадщину; 7) видають свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя в разі смерті одного з подружжя [213]. Тому, якщо посадові особи органів місцевого самоврядування одержують неправомірну вигоду за вчинення в інтересах вигододавця тих чи інших

нотаріальних дій, наприклад, видачу свідоцтва про право на спадщину, вони повинні нести відповідальність за відповідною частиною ст. 368⁴ КК України. Тобто у цьому аспекті посадові особи органів місцевого самоврядування теж є суб'єктами підкупу особи, яка надає публічні послуги.

Отже, якщо, наприклад, декан факультету, який виконує організаційно-розпорядчі функції і за цією ознакою є посадовою особою, одержує неправомірну вигоду від студентів за виставлення оцінок (високих оцінок) на іспиті, який приймається ним особисто, його дії слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 368⁴ КК України. Якщо ж він, використовуючи службову залежність, завдяки одержаній неправомірній вигоді, здійснює протиправний вплив на інших викладачів з метою виставлення ними оцінок (високих оцінок) зацікавленим особам, його дії необхідно кваліфікувати за ст. 368 чи ст. 368³ КК України. Аналогічна кваліфікація повинна мати місце і у тих випадках, коли декан є членом (заступником голови) екзаменаційної комісії і використовуючи своє службове становище здійснює протиправний вплив на інших членів комісії з тією ж самою метою.

Як вже зазначалося, в адміністративному праві така функція, як вчинення юридично значущих дій традиційно розглядається як функція посадової особи. Тому за цією ознакою особа може бути визнана посадовою в інших, крім кримінального, галузях законодавства. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» посадовими особами державних органів є члени Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» судову владу в Україні реалізують судді та, у визначених законом випадках, присяжні шляхом здійснення правосуддя у рамках відповідних судових процедур. Вища кваліфікаційна комісія суддів України є державним органом суддівського врядування [179], який належить до системи правосуддя (ч. 10 ст. 131 Конституції України), але правосуддя не здійснює, оскільки воно здійснюється виключно судами (ст. 124 Конституції України). З цього постає, що члени Вищої кваліфікаційної комісії суддів не є представниками судової влади, а належність цього органу до системи правосуддя виключає можливість визнання їх представниками інших гілок (законодавчої чи виконавчої). До системи

правосуддя належить і Вища рада правосуддя, яка функцію правосуддя теж не здійснює. Але, як зазначалося вище, її члени можуть визнаватися представниками влади, тому що відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» вона є не тільки органом суддівського врядування, а й колегіальним органом державної влади. Щоправда і в цьому випадку залишається незрозумілим, органом якої саме влади є Вища рада правосуддя. У літературі висловлювалася точка зору, що Вища рада правосуддя разом із прокуратурою, Уповноваженим Верховною Радою України з прав людини, Рахунковою Палатою, Центральною виборчою комісією та деякими іншими органами належить до контрольної (контрольно-наглядової) гілки влади [139, с. 926]. Однак, на конституційному рівні ця проблема залишається не вирішеною. Її вирішення дозволило б виокремити контрольну-наглядову функцію і в кримінально-правовій площині, розглядаючи таку функцію, на кшталт киргизького законодавця, як функцію службової особи [48] або виокремлюючи повноваження на здійснення такої функції в самостійну статтю КК України.

Проте, так або інакше, Вища кваліфікаційна комісія суддів не є органом державної влади. Тому її члени не можуть визнаватися її представниками. Не здійснюють вони і організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Основні завдання комісії полягають у забезпеченні добору суддів, їх кваліфікаційному оцінюванні та розгляді справ щодо дисциплінарної відповідальності суддів. З цього можна зробити висновок, що члени Вищої кваліфікаційної комісії суддів можуть визнаватися посадовою особою лише за такою ознакою, як наявність повноважень на вчинення юридично значущих дій.

Як справедливо зауважує В.М. Киричко, у статтях КК немає приписів, відповідно до яких можна визнати службовою ту особу, яка не виконує функцій службової особи, зазначених у статтях 18, примітках до ст. 364, 425, але її можна було б визнати службовою при виконанні інших функцій, якщо про це є відповідний припис в іншому Законі України [59, с. 48]. Тому, не зважаючи на те, що Закон України «Про запобігання корупції» визнає членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України посадовими особами державного органу, у разі одержання ними

неправомірної вигоди за вчинення певних дій з використанням наданих їм повноважень вони повинні нести відповідальність за відповідною частиною ст. 368⁴ КК України.

Таким чином, найбільш обґрунтованим критерієм при визначенні кола суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴, є наявність повноважень на здійснення юридично значущих дій. Утім, законодавець, конструюючи ст. 368⁴, про нього не згадує. Він використовує інший критерій – особа повинна провадити професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг і при цьому не бути державним службовцем чи посадовою особою місцевого самоврядування. Пропонує законодавець і приблизний перелік таких осіб, який у межах ст. 365² суттєво відрізняється від ст. 368⁴, і в тому, і в іншому випадку залишаючись відкритим.

Вказівка у диспозиції ч. 3 ст. 368⁴ КК України на те, що суб'єкт цього злочину не є державним службовцем або посадовою особою місцевого самоврядування, є цілком зрозумілою. Таким чином, законодавець намагався розмежувати публічні послуги та послуги адміністративні. Відповідно до п. 3 ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» суб'єктом надання таких послуг є орган виконавчої влади, інший державний орган, орган влади АРК, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи, державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації, уповноважені відповідно до закону надавати адміністративні послуги [214]. Згідно ст. 1 Закону України «Про державну службу» однією з функцій держави, яку реалізують державні службовці, є забезпечення надання доступних і якісних адміністративних послуг. Намагання розмежувати публічні та адміністративні послуги є характерним і для інших статей КК України, зокрема ст. 358, де виокремлюється професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг, та професійна діяльність, пов'язана з наданням адміністративних послуг.

Проте ці спроби законодавця навряд чи можна визнати вдалимими. По-перше, виходячи з назви ст. 365², до осіб, які надають публічні послуги, віднесені державні реєстратори та суб'єкти державної реєстрації прав, які відповідно до згаданого вище Закону від 6 вересня 2012 р. є суб'єктами надання адміністративних послуг. З іншого боку, посадові особи місцевого самоврядування можуть вчиняти нотаріальні

дії, які не є адміністративною послугою. По-друге, таке розмежування взагалі є не потрібним, оскільки публічні та адміністративні (які теж є публічними) послуги об'єднують єдиний результат їх надання – й ті, й інші спрямовані на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків особи, яка отримала такі послуги. Єдине, що відрізняє адміністративні послуги, це та обставина, що вони є результатом здійснення владних повноважень (п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги»), що й намагався відобразити законодавець у конструкціях, передбачених ст. 365² та ст. 368⁴ КК України, вказуючи, що до осіб, які надають публічні послуги, не належать державні службовці та посадові особи органів місцевого самоврядування. Але, як неодноразово зазначалося, ця обставина не має принципового значення. Поява ст. 368⁴ КК України свідчить про виокремлення певної функції – функції вчинення юридично значущих дій і при цьому не важливо, суб'єктом владних чи суб'єктом інших повноважень вона здійснюється. В останньому випадку не важливо також, ким саме суб'єкт наділений такими повноваженнями – державою [213], іншими особами [215; 216] або характером певної діяльності, зокрема підприємницької [217; 218]. Тому застосування ст. 368⁴ КК України не повинно залежати не тільки від статусу особи (службова, посадова, державний службовець, особа, яка не є державним службовцем), а й від виду діяльності (виконання функцій держави або місцевого самоврядування, здійснення посередницької, підприємницької, викладацької діяльності тощо).

Встановлюючи ознаки злочину, передбаченого ст. 368⁴ КК України, законодавець використовує таке поняття, як публічні послуги. Зміст цього поняття ні в КК України, ні в Законі України «Про запобігання корупції» не визначається. Сама послуга у нормативно-правових актах розуміється як діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб (п. 17 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», ч. 2 ст. 1 Закону України «Про загальну безпечність нехарчової продукції»), або результат економічної діяльності, яка не створює товар, але

продається та купується під час торговельних операцій (ст. 1 Закону України «Про технічні регламенти та процедури оцінки відповідності»). Виокремлюють житлово-комунальні, медичні, освітні, транспортні, ритуальні, соціальні, фінансові тощо послуги, послуги поштового зв'язку, мобільного зв'язку та доступу до мережі Інтернет та ін. Не вважати їх публічними ніяких підстав немає. Саме ця обставина і сприяє необґрунтовано широкому тлумаченню такого поняття, як публічні послуги, що використано у ст. 365² та ст. 368⁴ КК України. Так, наприклад, на думку Ю.І. Шиндель, публічні послуги характеризуються тим, що вони надаються за ініціативою фізичної або юридичної особи, обумовлені добровільним інтересом споживача зазначених послуг та індивідуальним характером їх надання будь-якій особі. Надання таких послуг пов'язане зі створенням організаційних умов або забезпеченням реалізації суб'єктивних прав, законних інтересів і виконання обов'язків фізичними або юридичними особами, а їх отримання безпосередньо передбачено законом [211, с. 13-14].

Такий підхід сприяє необґрунтованому звуженню кола суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴, та схиленню судової практики у бік більш широкого застосування ч. 3, ч. 4 ст. 354 КК України, що цілком зрозуміло в умовах правової невизначеності такого поняття, як особа, що надає публічні послуги. Судди застосовують ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ лише у тих випадках, коли здійснено підкуп особи, яка прямо зазначена у диспозиції ч. 1, ч. 3 цієї статті. Так, наприклад, вироком колегії суддів Судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Львівської області від 28 квітня 2015 р. за ч. 3 ст. 368⁴ був засуджений оцінювач О. (фізична особа-підприємець), який за незаконне заниження ним оцінки вартості нежитлового приміщення, пришвидшення у видачі звіту про оцінку майна на це приміщення та виготовлення в найкоротший термін зазначеного звіту отримав 450 доларів США [219]. У решті випадків, як правило, застосовується ст. 354 КК України, хоча йдеться про вчинення юридично значущих дій. Так, наприклад, вироком Ладижинського міського суду Вінницької області від 19 серпня 2015 р. за ч. 3 ст. 354 КК України був засуджений лікар-травматолог О., який отримав неправомірну вигоду у розмірі 100 доларів США за підписання картки обстеження

та медичного огляду військовозобов'язаного із встановленням діагнозу, згідно з яким останній не придатний до проходження військової служби у мирний час [220]. Вироком Рівненського міського суду Рівненської області від 29 квітня 2016 р. за ч. 3 ст. 354 був засуджений викладач О., який був наділений повноваженнями з контролю теоретичної та практичної підготовки студентів Рівненського державного базового медичного коледжу і отримав від декількох студентів неправомірну вигоду у розмірі 1000 грн. за виставлення високих оцінок з предмету «інформатика» [221]. Вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 1 жовтня 2015 р. за ч. 3 ст. 354 КК України був засуджений лікар-хірург О., який за винагороду у 1000 грн. видав призовнику акт дослідження стану його здоров'я з діагнозом «пупкова грижа», що дозволив останньому бути звільненим від призову за мобілізацією [222]. Вироком Личаківського районного суду м. Львова від 29 серпня 2017 р. за ч. 4 ст. 354 КК України був засуджений лікар ортопед-травматолог О., який вимагав від батьків дитини 250 доларів США за виготовлення та видачу консультативного висновку про визнання її дитиною-інвалідом, на підставі якого призначається державна соціальна допомога [223].

Вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 27 липня 2015 р. за ч. 3 ст. 354 КК України був засуджений лікар-нарколог О., який за винагороду у 1500 грн. видав довідку вигододавцю, який перебував на профілактичному обліку у Тернопільському обласному наркологічному диспансері, про його зняття з обліку, що дозволило останньому пройти курси водія та у подальшому отримати водійські права [226]. Вироком Берегівського районного суду Закарпатської області від 17 липня 2014 р. за ч. 3 ст. 354 КК України була засуджена О., яка за винагороду у 3000 грн. виготовила та видала декільком особам медичні довідки щодо придатності до керування транспортним засобом без проходження ними медичного огляду [227].

Автор навмисно навів таку велику кількість прикладів, щоб продемонструвати типовість ситуації, коли при вчиненні юридично значущих дій суди застосовують не ст. 368⁴, а ст. 354 КК України. Загалом зазначимо, що нами вивчено близько ста кримінальних проваджень, у яких вирoki винесені за ст. 354 КК України. Майже у

половині випадків (48%) ця стаття була застосована, коли вчинялися дії, які тягнуть за собою певні правові наслідки.

Безумовно, необґрунтовано широкому застосуванню ст. 354 КК України сприяє й вказівка законодавця про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴, не є державним службовцем. Встановлення цього факту судом автоматично призводить до кваліфікації вчиненого за ст. 354 (якщо особа не є службовою), незважаючи на те, що фактично винний вчиняє юридично значущі дії. Так, наприклад, вироком Герцаївського районного суду Чернівецької області від 17 вересня 2014 р. за ч. 4 ст. 354 КК України був засуджений провідний спеціаліст відділення офіцерів запасу і кадрів районного військового комісаріату, який, будучи державним службовцем, за винагороду у розмірі 600 доларів США одержав через лікарську комісію свідоцтво про хворобу військовозобов'язаного О., на підставі якого він був визнаний непридатним до військової служби у зв'язку зі станом здоров'я [228]. Оскільки цю вказівку законодавець запроваджував з метою розмежування публічних та адміністративних послуг, належність особи до кола суб'єктів, які надають адміністративні послуги, теж автоматично обумовлює застосування ст. 354 КК України, хоча характер дій такої особи залишається незмінним.

Так, наприклад, вироком Залізничного районного суду м. Львова від 27 січня 2016 р. за ч. 3 ст. 354 був засуджений оператор комп'ютерного набору центру надання послуг, пов'язаних з використанням автотранспортних засобів, уповноважений на прийняття рішень щодо реєстрації, перереєстрації та зняття з обліку транспортних засобів, який за винагороду у розмірі 1400 грн. здійснив перереєстрацію автомобіля, що належав вигододавцю, на іншу особу та надав йому нові державні реєстраційні знаки, повністю ігноруючи відповідну процедуру, навіть за відсутності самого транспортного засобу [229].

Схиленню судової практики у бік застосування ст. 354 КК України сприяє й необґрунтовано широке розуміння нею такого поняття, як становище. Це поняття завжди пов'язане з повноваженнями. Але вони у межах ст. 354 не згадуються, що дозволяє охоплювати поняттям становище і професійний статус особи. Так,

наприклад, вироком Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 21 липня 2017 р. за ч. 3 ст. 354 був засуджений лікар-психіатр дільничного психоневрологічного відділення КРП «Дрогобицька міська поліклініка», який одночасно входив до складу військово-лікарської комісії Дрогобицько-Бориславського ОРВК, за те, що він за винагороду у 500 доларів США посприяв вигододавцю у визнанні його непридатним до військової служби за станом здоров'я. У мотивувальній частині вироку суд правильно зазначає, що такі дії були вчинені з використанням наданих повноважень. Однак у подальшому додає, що вони були вчинені із використанням становища [230], що у підсумку створює підстави для кваліфікації зазначених дій за ст. 354 КК України, хоча цілком зрозуміло, що становище лікаря-психіатра, саме по собі, не дає змоги позитивно вирішити питання про непридатність призовника до військової служби.

Необхідно підкреслити, що вирішення проблеми належної кримінально-правові оцінки вчинення юридично значущих дій викликало складнощі і до появи у КК України ст. 368⁴ (ця стаття набула чинності з 1 липня 2011 р.). Так, наприклад, вироком Комінтерновського районного суду м. Харкова від 11 січня 2012 р. за ст. 354 (одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи чи організації) був засуджений лікар-педіатр, який шляхом вимагання отримав від батьків 1200 грн. за надання документів, які створювали підстави для направлення на лікування та відпочинок у санаторій їх сина, що страждав захворюванням серця [231]. За логікою речей, такі дії слід було б кваліфікувати за ст. 368 КК України, оскільки лікар вчиняє дії, що тягнуть відповідні правові наслідки (надають підстави для направлення на лікування, відсутність яких це унеможлиблює). Проте суд застосував ст. 354, вірогідно керуючись тим, що лікар-педіатр, за загальним правилом, не є посадовою особою. Таким чином, широке застосування ст. 354 КК України, поряд із вищезазначеними факторами, зумовлене й певною інерційністю судової практики, яку в разі, коли вона вже склалася, доволі важко змінити.

Зазначені обставини дають підстави для висновку про те, що спроба законодавця виокремити у самостійній статті КК України такий різновид

корупційного підкупу, як підкуп, предметом якого є повноваження на здійснення юридично значущих дій, є цілком виправданою за змістом, але не зовсім вдалою за формою. Саме вона заважає застосуванню ст. 368⁴ у повному обсязі та сприяє ускладненню проблеми розмежування цього злочину із суміжними корупційними складами. Ці фактори обумовлюють необхідність реформування конструкції, передбаченої ст. 368⁴ КК України.

Перш за все слід було б відмовитися від такого поняття, як публічні послуги. Це б дозволило, з одного боку, чітко розмежувати суб'єкта злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України, та суб'єкта надання послуг, які належать до сфери господарської діяльності, а з іншого – віднести до кола суб'єктів цього різновиду спеціального корупційного підкупу й осіб, які надають адміністративні послуги.

По-друге, у найменуванні ст. 368⁴ та її диспозиціях необхідно підкреслити ту обставину, що адресат такого підкупу реалізує саме повноваження, а не загальні чи спеціальні права та обов'язки. Як зазначалося вище, у цьому полягає основна відмінність корупційного підкупу від загальнокримінального, ігнорування якої, так або інакше, призведе до необґрунтованого розширення сфери корупційного підкупу і у підсумку надасть можливість розглядати як корупційні дії будь-якої особи, яка за певну вигоду щось вчиняє. Наявність повноважень на вчинення юридично значущих дій у межах ст. 368⁴ дозволяє відмежувати такі дії від звичайного правочину, під яким у цивільному праві розуміють дію особи, що спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 209 ЦК України). Так, наприклад, укладення договору купівлі-продажу породжує правові наслідки для обох сторін: продавець передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність покупцеві, а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Але у цьому випадку власник товару реалізує не повноваження, а своє цивільне право продажу товару (ст. 658 ЦК України). Тому такі дії хоча і є юридично значущими, під дію ст. 368⁴ КК України вони не підпадають.

Повноваження на вчинення певних дій можуть мати як публічно, так і приватно-правовий характер. У першому випадку, особа наділяється тими чи

іншими повноваженнями державою або органами місцевого самоврядування, а у другому – фізичною або юридичною особою. Використовуючи у межах ст. 368⁴ таке поняття, як публічні послуги, законодавець, вірогідно, намагався підкреслити саме публічний характер таких повноважень. Однак запропонований ним перелік суб'єктів цього злочину дозволяє припустити, що у межах такого підкупу використовуватися можуть і повноваження приватно-правового характеру, наприклад, повноваження третейського судді, незалежного посередника або члена трудового арбітражу.

Отже, при вчиненні злочинів, передбачених ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴, винний може використовувати повноваження як публічно-, так і приватно-правового характеру. Такими повноваженнями особа може бути наділена законом, підзаконними нормативно-правовими актами (наказом головного лікаря, наказом начальника відділу охорони здоров'я відповідної місцевої ради, наказом ректора (директора) навчального закладу, навчальними планами тощо), договором, угодою чи рішенням сторін конфлікту. Ще раз слід підкреслити, що наявність у особи організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків або статусу державного службовця не повинні впливати на кваліфікацію вчиненого, якщо адресат підкупу використовує надані йому повноваження на вчинення юридично значущих дій. Так, за ст. 368⁴, а не за ст. 368 повинен нести відповідальність, наприклад, головний лікар районної лікарні, який згідно з наказом начальника відділу охорони здоров'я міської ради одночасно входив до складу військово-лікарської комісії і за грошову винагороду підготував та надав комісії висновок про непридатність призовника до військової служби.

По-третє, необхідно визначити ту ознаку, яка складає основний зміст повноважень, що є предметом «купівлі-продажу» у межах ст. 368⁴. Автори, які предметно займаються проблемами застосування ст. 368⁴, як правило, зазначають, що публічні послуги – це, насамперед, значущі юридичні дії [232, с. 177]. З цим цілком можна погодитися, але такого визначення для чіткого виокремлення суб'єктного складу злочину, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України, явно недостатньо. На вчинення юридично значущих дій уповноважені й посадові особи

(наприклад, прийом на роботу чи звільнення, накладання дисциплінарних стягнень тощо) при здійсненні ними організаційно-розпорядчих функцій. Усвідомлюючи цю обставину, деякі автори пропонують додаткові ознаки повноважень, про які йдеться у ст. 368⁴ КК України. Так, наприклад, В.М. Киричко пропонує враховувати такий критерій, як особливий предмет публічних послуг. Якщо у послугах у сфері господарської діяльності таким предметом визнаються різні матеріальні або нематеріальні блага, які споживаються замовником послуг, то у статтях 365² та 368⁴ таким предметом є певні результати професійної діяльності, які, як правило, фіксуються в офіційному документі, набувають обов'язкового значення для всіх або для визначених законом суб'єктів правовідносин та спричиняють чи здатні спричинити наслідки правового характеру. Отже, предметом публічних послуг виступає певне рішення, якому законом надається значення управлінського (у широкому розумінні) рішення [59, с. 57].

Однак, як зазначалося вище, правом приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості, наділені й службові особи (представники влади чи місцевого самоврядування). Тому, за цим критерієм, розмежувати управлінське рішення суб'єкта надання публічних послуг та управлінське рішення службової особи теж доволі важко.

Підтримуючи В.М. Киричко у тому, що сутність повноважень осіб, які надають публічні послуги, полягає у їх праві приймати рішення, що тягнуть певні правові наслідки, слід зазначити, що такі рішення, на відміну від рішень представників влади, не є загальнообов'язковими. Вони мають значення лише для конкретної особи (фізичної або юридичної), конкретних сторін конфлікту, конкретного провадження (судового або виконавчого), конкретного правочину і тому не є управлінськими рішеннями. Так, відповідно до ст. 50 Закону України «Про третейські суди» рішення третейського суду є обов'язковим лише для сторін конфлікту, які передали спір на його вирішення. Саме вони зобов'язані добровільно виконувати рішення третейського суду без будь-яких зволікань чи застережень, причому не маючи, за загальним правилом, права на оскарження цього рішення. На

відміну від рішень третейського суду, судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими для виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України (ч. 2 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус судів»). Отже, рішення осіб, які надають публічні послуги, є персоніфікованими і не мають значення для учасників інших аналогічних правовідносин. Що ж стосується рішень осіб, які наділені організаційно-розпорядчими повноваженнями, які теж можуть мати індивідуальний характер, то вони завжди стосуються виключно підлеглих.

Слід зазначити, що наявність повноважень на прийняття подібних рішень, які тягнуть правові наслідки персоніфікованого характеру, може виконувати і певну обмежувальну функцію, заважаючи необґрунтованому розширенню суб'єктного складу злочинів, передбачених ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України. У цьому сенсі доволі показовим є питання щодо можливості визнання суб'єктами цих злочинів адвокатів, які можуть наділятися повноваженнями як приватно- [233], так і публічно-правового характеру, виконуючи від імені органу місцевого самоврядування функції суб'єкта надання первинної правової допомоги [235]. Визнається адвокат, поряд з аудитором, експертом, оцінювачем, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, державним виконавцем та приватним виконавцем і суб'єктом такого злочину, як складання чи видача завідомо підроблених офіційних документів, які посвідчують певні факти, що мають юридичне значення або надають певні права чи звільняють від обов'язків (ч. 2 ст. 358 КК України). Але, тим не менш, адвокати у ст. 368⁴ не згадуються. Що ж стосується теорії, то вона теж не вважає адвокатів суб'єктами цього злочину. При цьому можливість визнання адвоката суб'єктом злочинів, передбачених ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴, спростовується посиланням на те, що функції адвокатів не мають ніякого зв'язку з функціями держави чи місцевого самоврядування, навіть у випадку надання первинної правової допомоги за дорученням відповідного органу, оскільки згідно з підпунктом «б» п. 2 ч. 1 ст. 3

Закону України «Про запобігання корупції» вони не прирівнюються до таких осіб [59, с. 55-56]. Вірогідно, проблема полягає в іншому. Адвокат не може приймати за власною волею рішення, які породжують для клієнта певні правові наслідки. Йому забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта та займати у справі позицію всупереч волі клієнта (п. 1 та п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Адвокат зобов'язаний діяти в межах повноважень наданих йому клієнтом (ч. 4 ст. 26 згаданого Закону). З цього випливає, що повноваження адвоката не містять такої визначальної складової, як право приймати за власною волею рішення, що тягнуть певні правові наслідки для клієнта. Тому вони не можуть визнаватися суб'єктами спеціального корупційного підкупу, передбаченого ч. 3, ч. 4 ст. 368⁴ КК України. Слід додати, що адвокати не визнавалися суб'єктами злочинів у сфері службової діяльності і до появи ст. 368⁴ та розширення об'єкта таких діянь за рахунок вказівки у найменуванні розділу XVII Особливої частини на професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, крім посадових осіб адвокатури, зокрема голови та заступника голови президії обласної колегії адвокатів [19, с. 1012], хоча таке поняття, як «особи, прирівняні до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» національному антикорупційному законодавству було ще невідоме. Скоріше за все, законодавець та практика виходили з того, що адвокати не виконують не тільки організаційно-розпорядчих функцій, а й не наділені правом приймати рішення, які тягнуть певні правові наслідки.

Виходячи з викладеного, видається можливим запропонувати таку редакцію диспозицій ч.1 і ч.3 ст. 368⁴ КК України та примітки до неї.

«Стаття 368⁴. Підкуп особи, уповноваженої на прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру

1. Пропозиція чи обіцянка особі, уповноваженої на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення цією особою дій або її бездіяльність з використанням наданих їй

повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи, – караються ...

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди особою, уповноваженою на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи, – караються ...

Примітка 1. Під рішеннями, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру, слід розуміти рішення, які мають юридичне значення лише для окремої фізичної або юридичної особи, окремих сторін спору (конфлікту), окремої процедури чи провадження (судового або виконавчого) або окремого правочину і не є загальнообов'язковими.

2. Особами, уповноваженими на прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру, є службові чи посадові особи, державні службовці та фізичні особи, які законом, підзаконними актами, договором чи угодою сторін спору (конфлікту) наділені повноваженнями здійснювати функцію прийняття таких рішень».

3.4. Підкуп, предметом якого є повноваження, пов'язані з виконанням завдань і функцій державного органу або органу місцевого самоврядування, та повноваження, обумовлені виконанням професійних обов'язків

Наступним різновидом спеціального корупційного підкупу є підкуп, предметом якого виступають повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій держави або місцевого самоврядування, що здійснюються державними службовцями та службовцями органів місцевого самоврядування, які не виконують функцій представників влади чи місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, а також функції прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру. Такі повноваження здійснюють спеціалісти –

юрисконсульт, провідні спеціалісти, головні спеціалісти тощо органів державної влади, інших державних органів та органів місцевого самоврядування.

Слід ще раз підкреслити, що наявність статусу службової чи посадової особи, особи, уповноваженої на прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру або спеціаліста, ще не вирішує питання щодо кваліфікації вчиненого підкупу. Все залежить від того, які саме повноваження є предметом купівлі-продажу. Ця обставина, подекуди, усвідомлюється судовою практикою [236], хоча нечітко виражена ідея законодавця щодо виокремлення відповідних повноважень на рівні КК до кінця все ж таки не сприймається [237], а встановлення того факту, що особа є посадовою, автоматично тягне за собою кваліфікацію вчиненого підкупу за ст. ст. 368, 369 КК України, незалежно від того, які саме повноваження виступили його предметом [240].

Утім, що стосується державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування, то їх повноваження диференціюються тільки на рівні виокремлення функцій представника влади та організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. У разі здійснення державними службовцями інших повноважень, зокрема прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру або суто професійних функцій, застосовується ст. 354 КК України. Так, за ч. 4 ст. 354 були засуджені як провідний спеціаліст відділення офіцерів запасу і кадрів районного військового комісаріату, який за матеріальну винагороду в розмірі 600 доларів США «вирішив» питання щодо непридатності призовника до військової служби у зв'язку зі станом здоров'я [228], так і головний спеціаліст-юрисконсульт Державної казначейської служби України у Заставнівському районі Чернівецької області, який за грошову винагороду у сумі 4000 грн., одержану від голови Прилипчанської сільської ради Заставнівського району, здійснив перерахування казначейством коштів у сумі 72000 грн. на рахунок ТОВ «Науково-виробнича сервісна компанія» та ТОВ «Українська електрична компанія «СНЕРКОМ», які виконували будівельні та ремонтні роботи на території Прилипчанської сільської ради [238].

Такому стану речей сприяє і сам законодавець, зазначаючи у ст. 368⁴, що суб'єкт цього злочину не є державним службовцем, на що увага зверталася вище. Однак зміною редакції ст. 368⁴ КК України проблема не вичерпується. Річ у тім, що національне кримінальне законодавство взагалі не виокремлює державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування як адресатів підкупу, розглядаючи їх як складову більш загального поняття – працівник підприємства, установи чи організації. Для такого вирішення питання дійсно є доктринальні та законодавчі підстави. У ст. 354 КК України термін «органи державної влади чи місцевого самоврядування» не фігурує. Однак в теорії адміністративного права вони традиційно охоплюються таким поняттям, як установа [97, с. 173].

Відповідно до Закону України від 15 вересня 1999 р. «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» працівник – це фізична особа, яка працює на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю (ст. 1). Дія цього Закону поширюється на діяльність профспілок, їх організацій, об'єднань профспілок, профспілкових органів, профспілкових представників у межах їх повноважень, на роботодавців, їх об'єднання, а також на державні органи та органи місцевого самоврядування (ст. 3) [239]. Аналогічне визначення працівника (найманого працівника) міститься й у ст. 1 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [216].

Однак розуміння працівника підприємства, установи чи організації і державного службовця, як категорій такого самого роду, з кримінально-правових позицій навряд чи обґрунтовано. Як неодноразово зазначалося, особливістю корупційного підкупу є та обставина, що його адресат повинен бути наділений певними повноваженнями. У державних службовців такі повноваження є – це повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій державного органу (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про державну службу»), причому незалежно від наявності чи відсутності у них повноважень на здійснення функцій представників влади чи організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» державні

службовці розглядаються як особи, уповноважені на виконання функцій держави, поряд із службовими та посадовими особами державних органів. Це свідчить про те, що повноваження державних службовців, які є самостійним поняттям, можуть виступити предметом купівлі-продажу у межах корупційного підкупу.

Що ж стосується інших працівників підприємств, установ та організацій, то тут ситуація є неоднозначною. Вони можуть здійснювати як повноваження, обумовлені їх професійними обов'язками, так і суто професійні функції (лікарів, вчителів тощо), які на відміну від професійних функцій державних службовців чи службовців органів місцевого самоврядування пов'язані не з виконанням завдань цих органів, а з наданням певних послуг (медичних, освітніх тощо). Зрозуміло, що професійні функції, пов'язані з наданням цих послуг предметом купівлі-продажу у межах корупційного підкупу бути не можуть. Ігнорування цієї обставини, як неодноразово підкреслювалося, призведе до необґрунтованого розширення сфери дії корупційного підкупу. Слід наголосити, що сутність корупції відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» полягає саме у використанні особою службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, а не професійних навичок, рівня кваліфікації чи трудових прав та обов'язків. Виходячи з цього, категорія державних службовців повинна бути виокремлена на рівні КК України як адресат спеціального корупційного підкупу.

Необхідно підкреслити, що вітчизняний законодавець вже намагався це зробити. Маючи в арсеналі КК УРСР 1960 р. ст. 155² (одержання незаконної винагороди від громадян), яка розглядалася як господарський злочин (глава VI), він у 1995 р. доповнює його ст. 191² (одержання незаконної винагороди працівником державної установи чи організації), розташувавши її у главі IX «Злочини проти порядку управління». У цій статті використовувалося словосполучення «працівник державної установи». З цього випливало, що на увазі маютьися саме державні службовці, що цілком логічно, оскільки суб'єктами управлінських відносин могли визнаватися не будь-які працівники державних чи муніципальних структур, а виключно працівники, які були наділені повноваженнями на здійснення завдань і функцій державного органу чи органу місцевого самоврядування.

Такий підхід був абсолютно правильним. Проте, приймаючи КК України 2001 р., законодавець від нього відмовляється, синтезує ознаки ст. 155² та ст. 191² у єдиній ст. 354 КК України, а у подальшому, шляхом цілої низки перетворень, надає цьому діянню статус корупційного злочину, фактично ігноруючи ту обставину, що працівники підприємств, установ (крім державних органів та органів місцевого самоврядування) та організацій, навіть державних, не мають публічно-владних повноважень (їх правовий статус становлять права, обов'язки, гарантії зайнятості та соціального захисту) [242, с. 49].

Висновок про необхідність виокремлення як адресата корупційного підкупу державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування обумовлює постановку питання про місце розташування такої норми. Ці особи є, насамперед, суб'єктами службових відносин, оскільки уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тому норма про підкуп таких осіб повинна бути розташована у розділі XVII Особливої частини чинного КК України, який, до того ж, на відміну від попереднього КК, передбачає відповідальність не за посадові злочини (саме тому ст. 191² була розташована у главі «Злочини проти порядку управління»), а за злочини у сфері службової діяльності. І якщо без посадової особи немає і не може бути посадового злочину [104, с. 9], то суб'єктами злочинів у сфері службової діяльності можуть бути й інші особи, які наділені відповідними повноваженнями.

Звертає на себе увагу та обставина, що Закон України «Про запобігання корупції» службовців органів місцевого самоврядування як суб'єктів, на яких поширюється дія цього Закону, не виокремлює, вказуючи на державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування (підпункт «б» п. 1 ч. 1 ст. 3). Річ у тім, що, як вже зазначалося, Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» виходить з широкого розуміння посадової особи, визначаючи її як особу, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету. Дія цього Закону не поширюється тільки на технічних працівників та обслуговуючий

персонал органів місцевого самоврядування (ст. 2). Стаття 4 згаданого Закону класифікує посади в органах місцевого самоврядування на сім категорій. Серед посад п'ятої, шостої та сьомої категорії зазначаються посади спеціалістів управлінь і відділів виконавчого апарату обласних секретаріатів, Київської та Севастопольської міських рад, спеціалістів управлінь, відділів, інших структурних підрозділів виконавчих органів міських (міст обласного значення та міста Сімферополя) рад, спеціалістів виконавчих органів районних у містах, міських (міст районного значення) рад, спеціалістів виконавчих органів сільських, селищних рад. Поряд з ними посадовими особами визнаються помічники голів, радники та консультанти. Оскільки спеціалісти відповідно до цього Закону є посадовими особами місцевого самоврядування, Закон України «Про запобігання корупції» їх не виокремлює. Однак з кримінально-правових позицій такий підхід є неприйнятним. Серед функцій службової та посадової особи про консультативно-дорадчі функції КК України не згадує. Тому помічники, радники та консультанти не можуть визнаватися тут посадовими особами. Ними не можуть визнаватися і спеціалісти органів місцевого самоврядування, оскільки вони не є представниками таких органів та не виконують організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, хоча здійснюють інші функції, пов'язані з виконанням завдань цих органів. Звідси випливає, що виокремлення службовців органів місцевого самоврядування (спеціалістів) з точки зору КК України є необхідним, оскільки тут їх функції не можуть ототожнюватися з функціями посадової особи. Теж саме стосується і працівників патронатної служби в органах місцевого самоврядування (відповідно до ст. 10 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» голови районних, районних у містах, обласних рад, Київський та Севастопольський міський голова та міські голови мають право самостійно добирати та приймати на службу своїх помічників, радників чи консультантів), які теж є суб'єктами публічної служби [97, с. 206].

У сучасній теорії адміністративного права для позначення осіб, діяльність яких безпосередньо пов'язана з виконанням завдань і функцій органів державної влади або місцевого самоврядування, використовується таке поняття, як публічний

службовець. Тут воно є доволі широким і охоплює собою не тільки безпосередньо службовців, а й політичних діячів, народних депутатів, суддів, прокурорів тощо [97, с. 201]. Оскільки у кримінальному праві функції службових та посадових осіб виокремлюються, поняття публічного службовця у КК України може мати більш вузький зміст і у той же час виконувати узагальнюючу функцію, об'єднуючи у собі такі категорії, як державні службовці, службовці органів місцевого самоврядування та працівники публічної патронатної служби.

Виходячи з викладеного, видається можливим запропонувати доповнити розділ XVII Особливої частини КК України статтею 368⁶ з диспозиціями та приміткою наступного змісту:

«Стаття 368⁶. Підкуп публічного службовця

1. Пропозиція чи обіцянка публічному службовцю, який не є службовою або посадовою особою, надати йому або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи не вчинення публічним службовцем в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданих йому повноважень, – караються ...

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, – караються ...

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання публічним службовцем, який не є службовою або посадовою особою, неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення будь-якої дії з використанням наданих йому повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду або в інтересах третьої особи, – караються ...

4. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди, – караються ...

Примітка 1. Під публічним службовцем слід розуміти державного службовця, службовця органу місцевого самоврядування чи працівника публічної патронатної служби».

Як вже зазначалося, ст. 354 КК України поряд із державними службовцями як суб'єкта цього злочину передбачає й інших працівників – фізичних осіб, які

працюють на підставі трудового договору з підприємством, установою чи організацією. Суб'єктом цього злочину визнаються також і особи, які працюють на користь підприємства, установи чи організації, під якими розуміються особи, які виконують роботу або надають послугу відповідно до договору з таким підприємством, установою, організацією (п. 1 примітки до ст. 354 КК України). В останньому випадку йдеться про договір як цивільно-правове поняття (наприклад, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт, договір про надання послуг, договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо). При цьому законодавець застерігає, що працівник та особа, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, не є службовою особою, а в теорії додається, що такі особи вчиняють дії, які не тягнуть наслідків правового характеру [241, с. 149].

Аналізуючи суб'єктний склад злочину, передбаченого ст. 354 КК, О.О. Кашкаров у своєму дисертаційному дослідженні доходить висновку, що вживання у диспозиції цієї статті поняття, яке розкривається словосполученням «з використанням становища, яке він займає на підприємстві», є невдалим і пропонує замінити його на «у зв'язку з виконанням професійних обов'язків» [243, с. 142].

Слід нагадати, що ст. 354 КК первісної редакції КК України 2001 р. стала певним синтезом ст. 155², де йшлося про отримання винагороди за виконання роботи або надання послуги, та ст. 191², де йшлося про виконання чи невиконання будь-яких дій з використанням службового становища. В останньому випадку на увазі малися, насамперед, державні службовці, що і підтверджувалося місцем розташування цієї норми. Об'єднуючи обидва склади в один, законодавець уникнув вживання терміну «службове становище», щоб розмежувати суб'єктний склад цього діяння зі службовою особою. Однак оскільки суб'єктами злочину, передбаченого ст. 354, визнавалися і державні службовці, термін «становище», який завжди пов'язаний з наявністю певних повноважень, залишився. Таким чином, можна стверджувати, що використаний у диспозиції ст. 354 термін «становище» стосується, насамперед, публічних службовців. Але не тільки. Своє становище можуть використовувати й ті працівники підприємств, установ та організацій, які

поряд з професійними обов'язками наділяються і певними повноваженнями на вчинення чи не вчинення тих чи інших дій. Так, наприклад, вироком Личаківського районного суду м. Львова за ч. 3 ст. 354 був засуджений електромонтер з експлуатації електролічильників ПАТ «Львівобленерго», який одержав неправомірну вигоду в розмірі 5000 грн. за зменшення показників фактично спожитої вигододавцем електроенергії [246]. Вироком Сихівського районного суду м. Львова за ч. 4 ст. 354 була засуджена старша медсестра Сихівської міжрайонної МСЕК, яка шляхом вимагання одержала винагороду у розмірі 1000 грн. за проходження вигододавцем медико-соціальної експертної комісії безпосередньо у день надання вигоди поза існуючою чергою [247]. Вироком Оржицького районного суду Полтавської області за ч. 4 ст. 354 був засуджений головний фахівець відділу безпеки регіональних підрозділів банку Управління внутрішньої безпеки Департаменту безпеки ПАТ «Укрінбанк», який шляхом вимагання одержав неправомірну вигоду у розмірі 160000 грн. за невжиття щодо вигододавця заходів, спрямованих на повернення ним кредитної заборгованості [248].

У таких випадках працівники відповідних товариств та установ виконують не тільки свої трудові обов'язки, а й здійснюють пов'язані з ними повноваження на: втручання в роботу електромереж, встановлення дня проходження МСЕК, вжиття заходів на повернення кредитної заборгованості. Саме про наявність таких повноважень і свідчить термін «становище», що використовується у ст. 354 КК України. Тому не можна погодитися з пропозицією О.О. Кашкарова щодо заміни його терміном «виконання професійних обов'язків», оскільки її реалізація призведе до остаточної легалізації як суб'єктів цього злочину осіб, які виконують суто професійні функції.

Слід особливо наголосити на тому, що повноваження на вчинення чи не вчинення певних дій завжди повинні бути зазначені у посадовій інструкції чи функціоналі відповідного працівника. Тому помилковим є розповсюджене у літературі твердження про те, що за ст. 354 КК України слід кваліфікувати й дії особи, яка не наділена відповідними повноваженнями, але може вчинити ті чи інші дії завдяки своєму офіційному статусу (наприклад, секретар керівника підприємства,

розраховуючи на прихильність, завдяки своєму становищу, з боку відповідної посадової особи може звернутися до нього з проханням вирішити те чи інше питання) [16, с. 953]. Такий підхід сприяє необґрунтованому розширенню предмета підкупу, передбаченого ст. 354 КК України, та є неприйнятним.

Повноваження на здійснення тих чи інших дій, якими наділяється працівник, є доволі різноманітними. Але, по-перше, вони завжди пов'язані з роботою або послугою, яку він виконує або надає і не виходять за їх межі, а, по-друге, сутність їх полягає або у контролі за дотриманням умов виконання певних робіт чи надання певних послуг, або у посвідченні того факту, що роботи були виконані чи послуги були надані. Так, наприклад, вироком Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 17 вересня 2015 р. за ст. 354 була засуджена майстер виробничого навчання Маріупольського професійного ліцею сфери послуг і торгівлі, на яку були покладені обов'язки щодо формування у учнів професійних знань, умінь та навичок, ведення установленної документації, утримання відповідно до технічних вимог навчально-виробничого обладнання майстерні та контроль за успішністю і відвідуванням занять учнями і яка одержала від чотирьох учнів групи №3 відповідно 1500 грн., 1830 грн., 2000 грн., 1280 грн. за внесення до журналу обліку виробничого навчання групи №3 відомостей про відвідування ними занять та виставлення поточних відміток, не зважаючи на те, що вони не відвідували заняття взагалі [249]. Вироком Вінницького районного суду Вінницької області від 3 жовтня 2016 р. за ч. 3 ст. 354 був засуджений майстер виробничого навчання ПТУ №14 смт. Вороновиця, який був уповноважений на проведення виробничої практики та здійснення контролю за її проходженням і який одержав 500 грн. за вирішення питання щодо закриття пропусків з практичних занять та зарахування виробничої практики від батька одного з учнів, який заняття взагалі не відвідував [225]. Вироком Малиновського районного суду м. Одеси від 22 квітня 2016 р. за ч. 3 ст. 354 КК України був засуджений слюсар 4 розряду служби експлуатації внутрішньогазових газопроводів ПАТ «Одесагаз», який одержав від зацікавленої особи 4000 грн. за не відмикання від системи газопостачання та знищення актів обстеження і відключення абонента [250]. Вироком Центрального районного суду м.

Сімферополя АРК від 19 серпня 2013 р. за ст. 354 була засуджена технік з інвентаризації нерухомого майна КРП «Сімферопольське міжміське бюро реєстрації та технічної інвентаризації», яка одержала 2200 грн. за виготовлення технічного паспорту на квартиру, де мала місце самовільна перебудова балкону, хоча за таких умов технічний паспорт не може бути виданий [251].

У зазначених випадках відповідні працівники використали надані їм повноваження з контролю за дотриманням умов надання освітніх послуг, житлово-комунальних послуг та робіт, пов'язаних з виготовленням технічного паспорту. Однак повноваження працівника можуть бути пов'язані із наділенням його правом посвідчувати факт виконання робіт чи надання послуг. Так, наприклад, вироком Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 10 грудня 2014 р. за ч. 3 ст. 354 була засуджена лікар-ендокринолог комунального закладу Тернопільської обласної ради «Тернопільська обласна університетська лікарня», котра як лікуючий лікар стаціонарної хворої одержала від неї 1300 грн. за видачу виписки із медичної карти стаціонарного хворого [252]. Така виписка видається безкоштовно і засвідчує факт надання особі медичних послуг (саме ця обставина відрізняє ст. 354 від ст. 368⁴, де лікар видає лист непрацездатності особі, яка таких послуг не отримувала чи взагалі їх не потребувала).

Повноваженнями, про які йдеться, можуть наділятися як працівники підприємств, установ чи організацій, так і особи, які працюють на їх користь. Саме у зв'язку з наявністю цих повноважень вони й можуть визнаватися суб'єктами злочину, передбаченого ст. 354 КК України. Так, наприклад, вироком Рубіжанського міського суду Луганської області від 21 травня 2015 р. за ч. 3 ст. 353 КК України був засуджений О., який за договором з Рубіжанським міським спортивно-технічним клубом товариства сприяння обороні України (клуб, поряд з іншими послугами, надавав і послугу навчання охочих осіб керуванню транспортними засобами) надавав послуги щодо практичного навчання осіб, що навчаються у клубі на водіїв транспортних засобів категорії «А», «А1», «В», тобто працював на користь цієї організації і який за винагороду у розмірі 3000 грн. робив відмітки про відвідування

практичних занять та навчання однієї з учениць групи №13, хоча та занять не відвідувала [224].

Таким чином, саме наявність певних повноважень, якими наділяється працівник підприємства, установи, організації чи особа, яка працює на їх користь, формує те становище, яке може бути використане при вчиненні чи невчиненні певних дій. Конструкція «повноваження-становище» є характерною для всіх видів корупційного підкупу, оскільки без використання повноважень не може бути і корупції. Здається, саме цю обставину і намагався підкреслити законодавець, використавши поняття «становище» у диспозиції ст. 354, що цілком логічно, якщо розглядати цей злочин як корупційний.

Однак широке тлумачення цього поняття, яке охоплює собою не тільки повноваження, а й будь-які професійні функції (цьому дещо сприяє і сам законодавець. Норму, аналогічну за змістом із ст. 155² КК УРСР 1960 р., він до чинного КК України не включив. Але у ст. 354 використав поняття «працівник підприємства, установи чи організації», фактично надавши поняттю «становище» максимально широкого сенсу), що панує у судовій практиці, призвело до необґрунтовано широкого застосування ст. 354 КК України, яким охоплюються й випадки, коли винагорода отримується за виконання професійних функцій. Основного «удару» ст. 354 завдає по лікарях. Вони визнаються винними за цією статтею у випадку одержання винагороди за проведені операції, пологи, забезпечення належного рівня обстеження і лікування тощо. Непоодинокими є й випадки засудження за ст. 354 вчителів та вихователів. Так, наприклад, вироком Болехівського міського суду Івано-Франківської області за ч. 3 ст. 354 КК України була засуджена вчитель та вихователь групи продовженого дня Болехівської загальноосвітньої школи №2, яка одержала винагороду від матері учениці 2 класу цієї школи у розмірі 3000 грн. за те, що буде приділяти їй дитині більше уваги, ніж іншим дітям, допомагати в успішності та сприяти в одержанні кращих оцінок [253].

З таким підходом погодитися не можна. Лікарі, вчителі, вихователі тощо у цих випадках здійснюють свої професійні функції, а не повноваження. Ця обставина ставить під сумнів не тільки обґрунтованість розуміння таких діянь як корупційних,

але й взагалі позиціонування їх як самостійних кримінальних правопорушень. Не випадково вітчизняний законодавець радянських часів розглядав одержання працівником підприємства, установи, організації незаконної винагороди як односторонній злочин, пов'язуючи підстави кримінальної відповідальності за нього з вимаганням і усвідомлюючи ту обставину, що добровільне бажання отримати більш якісну послугу не може бути кримінально-караним.

Вірогідно, усвідомлювалася ця обставина і у період розробки чинного КК, який не містить статті, аналогічної за змістом зі ст. 155² КК УРСР 1960 р., але передбачає відповідальність за незаконну вимогу оплати за навчання у державних чи комунальних закладах (ч. 2 ст. 183) та незаконну вимогу оплати за надання медичної допомоги в державних чи комунальних закладах охорони здоров'я (ч. 1 ст. 184). Проте широке тлумачення поняття «становище», що цілком закономірно, оскільки займаючи посаду лікаря чи вчителя особа набуває і певного становища, у підсумку призвело до необґрунтованого розширення сфери застосування ст. 354 КК України. До речі, автору не вдалося знайти жодного прикладу застосування ч. 1 ст. 354 у випадку, коли неправомірна вигода надавалася за виконання професійних функцій (питання щодо притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які надали винагороду за успішні пологи, операцію чи якісне обстеження навіть не постає). У той же час, випадки застосування ч. 1 ст. 354 КК України, коли предметом підкупу є певні повноваження працівника, хоча і носять поодинокий характер, але все ж таки зустрічаються. Причому слід підкреслити, що у цих випадках вигододавець добре усвідомлює ту обставину, що пропонуючи чи надаючи неправомірну вигоду, він намагається схилити працівника саме до протиправного використання наданих йому повноважень, а не до якісного виконання ним його професійних функцій. Так, наприклад, вироком Міловського районного суду Луганської області від 19 грудня 2017 р. за ч. 1 ст. 354 був засуджений О. за таких обставин. О. вирішив встановити основний телефонний апарат та підключити послугу «Інтернет» за місцем свого мешкання. З цією метою він прийшов до кабінету інженера станційно-лінійної дільниці №4 смт. Мілове районного центру телекомунікацій №341 м. Старобільськ Харківської філії ПАТ «Укртелеком», щоб дізнатися з приводу підключення зазначених послуг. Інженер роз'яснив О. порядок

встановлення основного телефону та підключення послуги «Інтернет», а також повідомив про те, що можливо потрібно буде виконати додаткові роботи, точний перелік яких буде встановлено лише після обстеження і ці додаткові роботи оплачуються окремо. Крім цього, інженер надав О. для заповнення бланк заяви про надання телекомунікаційних послуг. Розуміючи, що проведення додаткових робіт займе певний час та потребуватиме додаткової оплати, бажаючи встановити основний телефонний апарат та підключити послугу «Інтернет» позачергово, О. дістав з кишені своєї куртки 1000 грн. та поклав їх на стіл [254]. Як вбачається з матеріалів цього провадження, О. добре усвідомлював, що надав 1000 грн. за вирішення питання про позачергове встановлення телефону та підключення послуги «Інтернет» з виконанням додаткових робіт, але без внесення цих робіт до загальної вартості наданих послуг та без відмітки у бланку заяви. Очевидно, що у цьому випадку предметом підкупу були повноваження інженера з контролю за дотриманням умов виконання певних робіт та надання телекомунікаційної послуги у цілому.

Виходячи з викладеного, видається доцільним замінити у ч. 1 та ч. 3 ст. 354 КК України словосполучення «з використанням становища» на словосполучення «з використанням наданих їм повноважень» та викласти їх у такій редакції:

1. Пропозиція або обіцянка працівникові підприємства, установи чи організації, який не є службовою, посадовою особою або публічним службовцем, чи особі, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, надати йому (їй) або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення ними будь-яких дій з використанням наданих їм повноважень, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду або в інтересах третьої особи, – караються ...

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання працівником підприємства, установи чи організації, який не є службовою, посадовою особою або публічним службовцем, чи особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації, неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи не вчинення ними будь-яких дій з використанням

наданих їм повноважень, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду або в інтересах третьої особи, - караються ...

Така конструкція, по-перше, буде сприяти звуженню сфери дії ст. 354 КК України та уникненню випадків її застосування, коли винагорода надається за виконання суто професійних функцій, а, по-друге, – буде націлювати правозастосувача на виявлення у працівника серед професійних функцій певних повноважень, які можуть бути використані в інтересах вигододавця. Використання повноважень в інтересах вигододавця – це основна ознака корупції, відсутність якої не дозволяє розглядати діяння, передбачене ст. 354 КК України, як корупційний злочин, а слюсаря, хай навіть четвертого розряду – корупціонером, відомості про якого внесені до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, з усіма правовими наслідками. Не випадково, ст. 7 та ст. 8 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, визначаючи суб'єктний склад одержання хабара у приватному секторі і вказуючи на осіб, які працюють на підприємстві у будь-якій якості, наголошують на тому, що неправомірна вигода надається цим особам з метою заохочення їх до виконання чи невиконання наданих їм повноважень.

Традиційно дискусійним у вітчизняній кримінально-правовій літературі залишається і питання щодо спрямованості злочину, передбаченого ст. 354 КК України, причому як у первісній редакції, так і після внесення до неї кардинальних змін. Він позиціонується як злочин проти порядку управління [245, с. 98], злочин у сфері господарської діяльності [242, с. 53; 255, с. 449] або автори підтримують законодавче вирішення питання щодо розташування цього злочину, розглядаючи діяння, передбачене ст. 354 КК України, як посягання на авторитет держави і діяльність об'єднань громадян [244, с. 450]. У сучасних джерелах уточнюється, що згадане діяння спрямоване проти авторитету підприємств, установ та організацій, а також авторитету фізичної особи, коли вона виступає в якості роботодавця [74, с. 168-169]. У зарубіжній кримінально-правовій доктрині отримання винагороди працівниками державних підприємств, установ чи організацій має, переважно, однакову спрямованість з посяганнями посадових осіб (ст. 330 КК Республіки Молдова, ст. 433 КК Республіки Білорусь). При цьому, отримання винагороди

працівниками недержавного сектору або взагалі не є караним, або розглядається як злочин проти порядку здійснення економічної діяльності (наприклад, ст. 252 КК Республіки Білорусь).

Як відомо, вітчизняний законодавець не тільки не зводить родовий об'єкт злочинів у сфері службової діяльності до нормального функціонування виключно публічного апарату управління, а розуміє його доволі широко – як суспільні відносини, що забезпечують нормальну, тобто таку, що відповідає вимогам законодавства діяльність державного апарату, апарату управління органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності й організаційно-правової форми, а також суспільні відносини, пов'язані з наданням публічних послуг. З цих позицій вже немає принципової різниці між тим, ким саме – посадовою особою або працівником, котрий такою не є, заподіюється шкода нормальній діяльності підприємства, установи чи організації. А це, у свою чергу, робить можливим трактовку злочину, передбаченого ст. 354 КК України, як злочину у сфері службової діяльності.

На користь визнання діяння, передбаченого ст. 354 КК України, як злочину у сфері службової діяльності свідчить і низка законодавчих змін, які фактично поставили такі дії в один ряд із цими злочинами, що впливає як з примітки до ст. 354, де уніфіковано підходи щодо поняття пропозиції, обіцянки, повторності й вимагання неправомірної вигоди у злочинах, передбачених ст. ст. 354, 368-370, а також ч. 5 ст. 354 щодо умов звільнення вигододавця від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені ст. ст. 354, 368³, 368⁴, 369, 369²[268, с. 74-83], так і з примітки до ст. 45 КК України, де підкуп працівника підприємства, установи чи організації розглядається як корупційний злочин поряд зі злочинами у сфері службової діяльності. Не випадково, у сучасній літературі ст. 354 називають «основною», базовою для інших статей КК, де встановлена відповідальність за підкуп, з'ясування змісту якої допоможе правильно зрозуміти і застосувати не лише її, а й норми інших статей про відповідальність за корупційні злочини [241, с. 145].

Виходячи з викладеного, принаймні на даному етапі розвитку вітчизняного кримінального законодавства, норму щодо підкупу працівника підприємства, установи, організації логічніше за все було б розташувати у розділі XVII Особливої

частини КК України. Враховуючи наскрізну функцію примітки до цієї статті, вона б могла посісти місце під номером 367¹.

3.5. Підкуп, предметом якого є пов'язані з повноваженнями можливості

Врешті-решт ще одним різновидом спеціального корупційного підкупу є підкуп, предметом якого виступають пов'язані з повноваженнями можливості (ст. 369² КК України). Цей різновид спеціального корупційного підкупу не є принципово новим для вітчизняного кримінального законодавства та практики його застосування. Суди традиційно визнавали суб'єктом отримання хабара не тільки посадових осіб, які могли, виконуючи свої службові функції, вчинити дії, обумовлені хабарем, а й посадових осіб, які маючи певне службове становище, могли вплинути на виконання іншою посадовою особою дій, бажаних для хабародавця [19, с. 1010]. Така позиція сформувалася ще у середині 40-х років минулого століття [256, с. 55] і відображена у чинній постанові ПВСУ від 26 квітня 2002 р. [24, с. 236].

Проте законодавець, пропонуючи у Законі України від 7 квітня 2011 р. «Про засади запобігання і протидії корупції» більш широке визначення корупції, пов'язуючи її не тільки з використанням службових повноважень (у попередньому Законі України від 5 жовтня 1995 р. під корупцією розумілася діяльність, спрямована на протиправне використання наданих повноважень), а й певних можливостей, які ними обумовлені, вирішив виокремити згаданий вид підкупу у окрему норму КК України, назвавши її «Зловживання впливом» (ст. 369²).

Поза сумнівом, такий крок був обумовлений ратифікацією Україною низки міжнародних конвенцій, спрямованих на боротьбу з корупцією, де зловживання впливом фігурує як самостійний щодо хабарництва (ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) або підкупу (ст. 18 Конвенції ООН проти корупції) злочин. Не дивлячись на те, що зловживання впливом згідно з цими Конвенціями має ті ж самі ознаки, що й підкуп, вони цей термін не вживають, хоча, як справедливо підкреслюється у літературі, дії, передбачені ст. 369² КК України, цілком можуть характеризуватися як підкуп [59, с. 238].

Практика виокремлення зазначеного різновиду спеціального корупційного підкupu відома й зарубіжному законодавству. Так, наприклад, § 4 ст. 247 КК Бельгії передбачає відповідальність за акт корупції, який має своїм предметом використання особою, що здійснює публічні функції, реального або удаваного впливу, яким вона володіє у зв'язку з її службовою діяльністю. Однак у переважній більшості випадків зловживання впливом у кримінальних кодексах зарубіжних країн все ж таки розглядається як складова отримання хабара (КК Республіки Вірменія, КК Республіки Білорусь тощо).

У деяких законодавчих системах зловживання впливом розуміється як хабарництво посередника (наприклад, ст. 226 КК Литовської Республіки).

Такий погляд на сутність зловживання впливом є характерним і для сучасної вітчизняної теорії та судової практики. Так, наприклад, А.В. Савченко та О.В. Кришевич стверджують, що особа, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за неправомірну вигоду вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або приймає пропозицію, обіцянку або одержує таку вигоду для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, виступає певним посередником між цією особою та особою, яка пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду за явний чи уявний вплив. При цьому автори вважають, що особи, які вчиняють злочини, передбачені ч. 2 та ч. 3 ст. 369², не мають статусу службової особи, але мають реальну можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави [18, с. 911]. Ця позиція подекуди підтримується і національними судами. Так, наприклад, вироком Московського районного суду м. Харкова від 29 квітня 2013 р. за ч. 2 ст. 369² КК був засуджений не працюючий О., який запропонував бажуючому оформити право власності на квартиру Н. свої послуги у вигляді посередника при вирішенні питання з реєстрації майна, за що він особисто запросив за свої послуги 10% від суми, яку необхідно сплатити за реєстрацію зазначеної нерухомості особі, уповноваженій на реєстрацію майна в реєстраційній службі м. Харкова [258]. Вироком Держинського районного суду м. Харкова від 17 червня 2013 р. за ч. 2 ст. 369² був засуджений безробітний О., який отримав 12000 грн. для передачі службовим особам Управління державного

земельного агентства за прийняття відповідного рішення та видачу документів, необхідних для узаконення земельної ділянки вигододавцем [259].

З таким підходом погодитися не можна. Посередництво у хабарництві полягає у безпосередній передачі хабара за дорученням хабародавця або хабароодержувача (наприклад, ч. 1 ст. 432 КК Республіки Білорусь). Аналогічну норму містив і КК УРСР 1960 р. (ст. 169). Інколи посередництво у хабарництві розуміється більш широко і охоплює собою не тільки безпосередньо передачу хабара, але й інше сприяння хабародавцю і (або) хабароодержувачу у досягненні або реалізації угоди між ними про отримання і дачу хабара (наприклад, ст. 291¹ КК РФ). Чинний КК України подібних норм не містить. Тут дії особи, яка сприяла у вчиненні злочину тому, хто надав чи одержав неправомірну вигоду, або організувала цей злочин, або підбурила до його вчинення кваліфікуються як співучасть у наданні-одержанні неправомірної вигоди. При цьому питання про кваліфікацію дій співучасника вирішується з урахуванням спрямованості його умислу, виходячи з того, в чийх інтересах, на чийй стороні і за чією ініціативою – того, хто дав чи того, хто одержав неправомірну вигоду, – він діяв [24, с. 238].

Однак у будь-якому разі, цілком очевидно, що пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди особі, уповноваженій на виконання функцій держави, під визначення зловживання впливом не підпадає. У ч. 2 ст. 369² ідеться не про дії посередника, який бере неправомірну вигоду від іншої особи для передачі її особі, уповноваженій на виконання функцій держави (такі дії кваліфікуються як співучасть у наданні-одержанні неправомірної вигоди за ст. 27 та ст. 368 чи 369), а про певний вплив, який відбувається завдяки наявним можливостям, але завжди без використання такого засобу, як неправомірна вигода. Не випадково про одержання неправомірної вигоди особою, уповноваженою на виконання функцій держави у ст. 369² КК України не згадується, оскільки такі дії знаходяться поза її межами і утворюють самостійний склад злочину, передбачений ст. 368 КК України.

Слід зазначити, що у вітчизняній кримінально-правовій доктрині постійно здійснювалися спроби дещо розширити як суб'єктний склад зловживання впливом, так і зміст самого впливу й тоді, коли такий вплив охоплювався поняттям хабарництва. Так, наприклад, на думку Б.В. Волженкіна, поряд з посадовими

особами, які користуючись своїм службовим становищем, могли вплинути на іншу посадову особу, що знаходиться від неї у певній залежності (наприклад, начальник податкової поліції стосовно посадової особи державної установи, де він проводить перевірку), суб'єктами впливу на посадову особу могли бути консультанти, референти, секретарі, помічники, начальники канцелярій, інспектори тощо, які самі не приймають остаточних рішень з питань, що цікавлять хабародавця, але від вчинюваних ними дій значною мірою залежить рішення, яке приймається посадовою особою. Однак, з точки зору Б.В. Волженкіна, згадані особи у таких випадках повинні були визнаватися посадовими особами [27, с. 210]. За розширення змісту впливу за рахунок включення до нього використання посадовою особою особистих зв'язків виступала В.Є. Мельникова. З її точки зору, такі дії теж повинні були розглядатися як одержання хабара [260, с. 15].

Проте можливості вплинути на посадову особу завдяки дружнім чи родинним стосункам ніяк не обумовлюються службовим становищем суб'єкта впливу, тому притягнення його до відповідальності за одержання хабара було необґрунтованим. Судова практика радянських часів, як правило, не визнавала суб'єктом отримання хабара посадових осіб, які використовували при здійсненні впливу на інших посадових осіб не можливості, обумовлені службовим становищем, а дружні стосунки [26, с. 86]. Однак позиція, відповідно до якої посадова особа може використовувати особисті зв'язки, має і сьогодні своїх прихильників, незважаючи на те, що вже Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» 2011 р. пов'язував поняття суб'єкта корупції з особою, яка використовує можливості, пов'язані з її службовими повноваженнями, а не з родинними чи дружніми стосунками. Так, наприклад, вироком Шевченківського районного суду м. Києва від 29 грудня 2014 р. за ч. 2 ст. 369² був засуджений фізична особа-підприємець, який одержав неправомірну вигоду за вплив на директора комунального підприємства «Київтранспарксервіс» з метою неприйняття ним рішення про звільнення начальників районних відділів паркувань КП «Київтранспарксервіс» за неналежне виконання ними службових обов'язків і з яким він перебував у тривалих дружніх відносинах [261].

Необхідно підкреслити, що неоднозначному тлумаченню питання щодо суб'єктного складу діяння, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК України, сприяє, насамперед, і сам законодавець. Поки зловживання впливом розглядалося як складова отримання хабара, суб'єктом такого впливу визнавалася виключно посадова особа, хоча поняття останньої, подекуди, необґрунтовано розширювалося. Після виокремлення зловживання впливом у самостійну норму законодавець зазначив, що неправомірна вигода надається особі, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) за таку вигоду вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Такий підхід цілком дозволяє припустити, що суб'єктний склад діяння, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК України, службовою чи посадовою особою не обмежується.

Не можна не звернути увагу й на той факт, що питання щодо суб'єктного складу зловживання впливом неоднозначно вирішується і на рівні міжнародних конвенцій. Так, відповідно до ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією суб'єктом цього злочину визнається будь-яка особа, яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловжити впливом на прийняття рішення будь-якою особою, згаданою у статтях 2, 4-6, 9-11 цієї Конвенції.

Аналізуючи це положення, В.М. Киричко доходить висновку, що однією з причин існування проблеми правильного визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369² КК України, є відсутність у її тексті вказівки на зловживання впливом (про це йдеться тільки у назві), проте як у ст. 12 згаданої Конвенції йдеться про зловживання впливом як у назві, так і у формулюваннях всіх передбачених нею дій. На його думку, тлумачити диспозицію ч. 2 ст. 369² таким чином, що вона поширюється в тому числі на особу, яка не є службовою, не можна, оскільки необхідно розрізняти такі два формулювання: «будь-яка особа, яка може вплинути на прийняття рішень» і «будь-яка особа, яка може зловживати впливом на прийняття рішень». Останнє формулювання означає, що йдеться лише про тих осіб, які мають вплив на прийняття рішень і зловживають ним. Зловживати впливом можна лише шляхом використання того впливу, який особа має у зв'язку зі своїм службовим становищем, що вирішальним чином визначається наявними у неї службовими повноваженнями. Такі висновки автора цілком заслуговують на

підтримку, оскільки інше вирішення питання буде суперечити визначенню корупції, що міститься у Законі України «Про запобігання корупції», тоді як діяння, передбачене ст. 369², є корупційним злочином.

Подібні висновки робилися у кримінально-правовій літературі і до кардинальних змін КК України України, які відбулися у 2011 р. Так, наприклад, О.Х Качмазов наголошував на тому, що про отримання хабара при здійсненні впливу можна говорити лише тоді, коли власне посадове становище суб'єкта об'єктивно, поза зв'язком з його особистими якостями, дозволяє йому впливати на іншу посадову особу. Така об'єктивна можливість існує у випадках, якщо: 1) обидві посадові особи працюють в одній організації, причому друга знаходиться у відносинах підлеглості чи підконтрольності або в іншому залежному стані за службою; 2) посадові особи працюють в різних організаціях, пов'язаних відносинами адміністративної, фінансової, економічної, господарської залежності, відносинами підконтрольності та нагляду [262, с. 84-87].

Аналіз сучасної вітчизняної судової практики свідчить про те, що інколи вона підходить до вирішення питання про суб'єктний склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369², саме у зазначеній вище площині. Так, наприклад, вироком Жовтневого районного суду м. Дніпра від 5 березня 2019 р. за ч. 2 ст. 369² був засуджений старший оперуповноважений відділу викриття кримінальних правопорушень у митній сфері оперативного управління ГУ ДФС у Дніпропетровській області у званні майора податкової служби, який отримав неправомірну вигоду у вигляді талонів на пальне марки А-95 об'ємом 1000 літрів загальною вартістю 31950 грн. від комерційного директора ТОВ «Хімплав» за здійснення впливу на працівників відділу по боротьбі з незаконним обігом підакцизних товарів ДФС у Дніпропетровській області з метою невжиття ними заходів з виявлення, демонтажу та припиненню роботи автозаправних комплексів, діяльність яких здійснюється з порушенням вимог податкового законодавства, які належать ТОВ «Хімплав» [263]. Але здебільшого суди обмежуються лише встановленням того факту, що особа є службовою, ігноруючи при цьому відсутність між нею та адресатом впливу службової залежності чи відносин підконтрольності (нагляду). Так, наприклад, вироком Надвірнянського районного суду Івано-Франківської області від 29 січня

2019 р. за ч. 2 ст. 369² був засуджений слідчий слідчого відділення Яремчанського відділення поліції Надвірнянського відділу поліції Головного управління Національної поліції в Івано-Франківській області, який одержав 3000 грн. за вплив на прийняття рішення особою, яка буде розглядати матеріали перевірки за фактом заподіяння тілесних ушкоджень його знайомим з метою сприяння у не притягненні останнього до відповідальності. Ці матеріали розглядалися начальником слідчого відділення Яремчанського відділу поліції і за відсутності у них ознак кримінального правопорушення, за погодженням з начальником цього відділення були скеровані начальнику сектора превенції відділення поліції для їх розгляду у порядку, визначеному Кодексом України про адміністративні правопорушення [264]. Цілком очевидно, що в цьому випадку слідчий не мав ніяких можливостей, обумовлених його службовим становищем, вплинути на свого безпосереднього керівника, а тим більше, на керівника відділення поліції. Але, незважаючи на це, суд визнав його суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369², вірогідно виходячи тільки з того, що він є службовою особою. Аналогічна ситуація мала місце і в інших провадженнях [265; 266; 267].

Подібна практика однозначно суперечить національному підходу щодо визначення корупції, але вона дещо узгоджується з положеннями міжнародних актів, зокрема Конвенції ООН проти корупції. Стаття 18 цієї Конвенції теж виходить з того, що суб'єктом зловживання впливом, насамперед, є державна посадова особа, але зловживати вона може як своїм справжнім, так і удаваним впливом. Останнє положення фактично дозволяє застосовувати ч. 2 ст. 369² і у тих випадках, коли службова особа лише імітує наявність у неї певних можливостей, обумовлених її службовим становищем, яких насправді немає. Такий підхід хоча й обмежує суб'єктний склад діяння, що аналізується, службовими особами, але суттєво розширює сферу застосування ч. 2 ст. 369².

Тому національному законодавству треба чітко визначатися у питанні, що саме є предметом спеціального корупційного підкупу, передбаченого ч. 2 ст. 369² – або це тільки реальні (справжні) можливості, обумовлені службовим чи посадовим становищем, або це ще й удавані можливості, яких насправді не існує, але у вигододавця складається враження (враховуючи авторитет, повагу, заслуги перед

суспільством та державою тощо, якими користується посадова особа), що вона дійсно ними володіє. В останньому випадку доведеться або позбавити ст. 369² статусу корупційного злочину (до речі, в тих державах, де пропонується широке розуміння суб'єктного складу зловживання впливом воно корупційним злочином не визнається), інакше вона буде суперечити нормативному визначенню корупції, яке міститься у Законі України «Про запобігання корупції», або внести зміни до цього визначення, зазначивши, що службова чи посадова особа може використовувати як надані повноваження, так і пов'язані з ними справжні або удавані можливості.

Однак у світлі проблеми класифікації спеціального корупційного підкупу більш значний інтерес викликає питання про те, які ще особи, крім службових та посадових можуть бути суб'єктами зловживання впливом, оскільки виокремлення такого підкупу у самостійну статтю КК України має сенс тільки тоді, коли можливості, обумовлені повноваженнями, можуть використовувати й інші суб'єкти. Тільки у цьому випадку мова може йти про самостійний предмет купівлі-продажу. Якщо ж зловживання впливом розглядати виключно як дії службової чи посадової особи (саме так вирішувалося питання до 2011 р.), то і у виокремленні ст. 369² особливого сенсу немає, оскільки тоді вона цілком буде охоплюватися ст. 368 КК України.

У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції згадуються два суб'єкта зловживання впливом: 1) державна посадова особа; 2) будь-яка інша особа. Відповідно до п. «а» ч. 1 ст. 2 цієї Конвенції державна посадова особа означає: 1) будь-яку особу, яка обіймає посаду в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі; 2) будь-яку іншу особу, яка виконує будь-яку державну функцію, зокрема для державного органу або державного підприємства, або надає будь-яку державну послугу; 3) будь-яку іншу особу, що визначається як державна посадова особа у внутрішньому праві Держави-учасниці.

Аналізуючи ці положення, В.М. Киричко доходить висновку, що суб'єктами впливу поряд із службовими особами можуть визнаватися й особи, які надають публічні послуги [59, с. 232], вірогідно виходячи з того, що у ст. 2 Конвенції згадуються особи, які надають державну послугу.

Перед тим, як повернутися до цього питання слід з'ясувати хто у межах ст. 369² КК України може бути адресатом впливу. Одразу слід зазначити, що це питання у світовій практиці вирішується не менш суперечливо, що й питання стосовно суб'єкта такого впливу. Відповідно до ст. 18 Конвенції ООН проти корупції адресатом впливу є адміністрація чи державний орган. Стаття 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією у якості адресата впливу називає: національних державних посадових осіб, членів національних представницьких органів, іноземних державних посадових осіб, членів іноземних представницьких органів, посадових осіб міжнародних організацій, членів міжнародних парламентських асамблей та суддів і посадових осіб міжнародних судів.

У ст. 369² КК України юридичні особи як адресати впливу не згадуються. Тут ідеться виключно про фізичну особу, яка уповноважена на виконання функцій держави.

Перше, що звертає на себе увагу, це та обставина, що примітка до цієї статті суперечить її змісту. У тексті ст. 369² міститься вказівка лише на осіб, уповноважених на виконання функцій держави, тоді як у примітці йдеться про осіб, які зазначені у пунктах 1-3 частини першої ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». Річ навіть не в тім, що цей Закон давно не діє, а в тому, що у пунктах 1-3 згадувалися не тільки особи, уповноважені на виконання функцій держави, а й особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування, а також особи, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та посадові особи юридичних осіб приватного права, які до них не прирівнювалися. Тому не дивно, що суди, орієнтуючись на цю примітку, визнавали адресатом впливу, наприклад, директора комунального підприємства [261]. Чинний Закон України «Про запобігання корупції» посадових осіб юридичних осіб приватного права до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, теж не прирівнює, хоча прирівнює до них осіб, зазначених у підпунктах «а», «б» та «в» п. 2 ч. 1 ст. 3. Вважати всіх цих осіб адресатом впливу не можна, оскільки у межах ст. 369² може використовуватися тільки такий вплив, який існує як законний, але при цьому винний прагне досягти протиправного результату. Так, службові та посадові особи не мають жодних

можливостей, обумовлених їх службовим становищем, вплинути, наприклад, на членів Громадської ради доброчесності, оскільки між ними немає відносин підлеглості та підконтрольності. Безумовно, такий вплив може здійснюватися з використанням особистих зв'язків, але він під визначення впливу, про який ідеться у ст. 369², не підпадає.

Виходячи з диспозиції ст. 369², коло адресатів впливу можна було обмежити посиланням у примітці до цієї статті на п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Однак п. 1 ч. 1 ст. 3 цього Закону осіб, уповноважених на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, як і попередній Закон, теж не диференціює, хоча це самостійні функції, безпосередньо визначені Конституцією України. Тому посилання у примітці до ст. 369² навіть на п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» суперечностей з її текстом теж не усуне. До того ж, абсолютно незрозуміло, з яких саме підстав посадові особи органів місцевого самоврядування не повинні визнаватися адресатами зловживання впливом, якщо між ними та іншими посадовими особами цих органів теж існують відносини підлеглості та підконтрольності (наприклад, між міським головою та його заступниками). Не випадково Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією у якості адресата впливу згадує членів національних представницьких органів (ст. 4).

Аналізуючи примітку до ст. 369² КК України, В.М. Киричко доходить висновку, що адресатом впливу може виступати або службова особа, на яку впливає інша службова особа, або особа, яка надає публічні послуги, на яку впливає службова особа [59, с. 247]. Свій висновок автор мотивує посиланням на ст. 2 Конвенції ООН проти корупції. Але у п. «а» цієї статті наводиться визначення державної посадової особи, однією з функцій якої є надання державної послуги або, говорячи інакше, вчинення юридично значущих дій. Як неодноразово зазначалося вище, ця функція традиційно розглядалася як функція посадової особи, у тому числі і у вітчизняному кримінальному праві, та розглядається як така як у національному адміністративному праві (наприклад, члени Вищої кваліфікаційної комісії суддів), так і у зарубіжних кримінальних кодексах. Так, наприклад, КК Австрії при характеристиці забороненого втручання згадує про службові обов'язки посадової особи та правові дії, які входять у коло її завдань (§ 308).

З доповненням КК України ст. 368⁴ законодавець цю функцію виокремив і більше не розглядає її як функцію, яка властива лише службовим особам. При цьому законодавець підкреслює, що особи, які надають публічні послуги, а точніше особи, уповноважені на прийняття рішень, що спричинили чи здатні спричинити правові наслідки індивідуального характеру, є незалежними у прийнятті цих рішень.

Однак аналіз відповідної нормативної бази дозволяє зробити висновок про те, що службова залежність осіб, які надають публічні послуги, від посадових осіб все ж таки зберігається. Так, наприклад, відповідно до ст. 2¹ Закону України «Про нотаріат» держава здійснює регулювання нотаріальної діяльності, яке полягає у встановленні умов допуску громадян до здійснення нотаріальної діяльності, порядку зупинення і припинення приватної нотаріальної діяльності, анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю, здійсненні контролю за організацією нотаріату, проведенням перевірок організації нотаріальної діяльності нотаріусів тощо [213]. З цього випливає, що нотаріуси, як державні, так і приватні, знаходяться у відносинах підконтрольності з боку посадових осіб Міністерства юстиції України, які, за таких умов, можуть зловживати своїм впливом. Таким чином, слід підтримати В.М. Киричко в тому, що адресатом впливу у межах ст. 369² КК України можуть бути й особи, які надають публічні послуги.

У цілому ж визначення суб'єкта зловживання впливом, яке запропоновано Конвенцією ООН проти корупції, не виходить за межі такого поняття, як державна посадова особа, яке повністю відповідає національному поняттю службової та посадової особи, яке міститься у примітці до ст. 364 КК України. Відповідає таке рішення і вітчизняному визначенню корупції, де йдеться про використання можливостей, пов'язаних із службовими повноваженнями. Про такі повноваження згадується лише у ст. 364 та ст. 365 КК України. У ст. ст. 364¹, 365², 368³, 368⁴ йдеться про повноваження, які можливостей впливу не надають. Не випадково В.М. Киричко, який виступає за визнання суб'єктами впливу осіб, які надають публічні послуги, жодного прикладу такого впливу на службових осіб не наводить [59, с. 227-261].

Отже, з позиції міжнародних конвенцій, спрямованих на боротьбу з корупцією, і суб'єктом, і адресатом зловживання впливом, за великим рахунком,

визнаються службові та посадові особи державного чи муніципального сектору. Посадові особи недержавних (не муніципальних) структур адресатами впливу не визнаються.

Виходячи з того, що норма про зловживання впливом з'явилася у КК України внаслідок імплементації положень згаданих конвенцій, зазначене питання повинно вирішуватися тут аналогічним чином.

Суб'єктами зловживання впливом повинні визнаватися службові та посадові особи державного чи муніципального сектору, а адресатами впливу – ті ж самі особи, які знаходяться від інших службових та посадових осіб у службовій залежності та, враховуючи виокремлення функції вчинення юридично значущих дій, особи, які надають публічні послуги. Зловживання впливом щодо посадових осіб приватного та прирівняного до нього сектору (наприклад, начальник податкової стосовно директора приватного підприємства) складу злочину, передбаченого ст. 369² КК України, не утворює і повинно кваліфікуватися за ст. 368, хоча конструюючи примітку до ст. 369², законодавець, вірогідно, виходив з того, що особи, які обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків у юридичних особах приватного права, теж повинні визнаватися адресатом впливу.

Основна проблема ст. 369² КК України вірогідно полягає в тому, що розробники цієї норми намагалися синтезувати у ній одночасно три різних підходи: міжнародний, відповідно до якого зловживання впливом виокремлюється у самостійний злочин, який полягає у зловживанні державною посадовою особою своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи; національний, відповідно до якого зловживання впливом є складовою одержання хабара і може спрямовуватися не тільки на службову чи посадову особу державного чи муніципального сектору, а й на посадову особу приватного сектору; зарубіжних кримінальних кодексів, які намагаються захистити державного чиновника (державного службовця) від небажаного впливу з боку будь-якої особи, яка прагне отримати вигоду, використовуючи не певні службові повноваження, а іншу залежність, яка ґрунтується на відносинах спорідненості,

дружби, близьких знайомствах тощо (наприклад, ст. 226 КК Литовської Республіки, глава 11 КК Туреччини, § 308 КК Австрії). Мабуть, саме тому у диспозиції ст. 369² як суб'єкт впливу згадується будь-яка (а не службова) особа, а як адресат – особа, уповноважена на виконання функцій держави. На користь того, що у ст. 369² КК України законодавець здійснив спробу врахувати саме досвід інших країн, свідчить і перелік осіб, уповноважених на виконання функцій держави, який починається з Президента України (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»). На Президента України можуть впливати працівники його патронатної служби, особливо керівник Офісу Президента України, близькі, друзі, особи, які надають йому фінансову, міжнародну та іншу підтримку, тощо. Але осіб, які б могли вплинути на Президента України завдяки своєму службовому становищу, осіб, яким би він був підконтрольний, просто не існує. І якщо підходити до проблеми зловживання впливом з позиції Конвенції ООН проти корупції чи з національних позицій, де таке діяння традиційно розглядалося як складова отримання хабара, то доведеться зробити висновок про те, що Президент України, як і деякі інші особи, зазначені у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», в принципі не можуть визнаватися адресатами зловживання впливом. Саме зазначені обставини і сприяють тому, що вітчизняна практика застосування ст. 369² є такою неоднозначною.

З приводу викладеного, слід зазначити наступне. Оскільки суб'єктами зловживання впливом визнаються виключно «державні посадові особи», виокремлення цього діяння у самостійну статтю КК України є зайвим, так як можливостями такого впливу ніякі суб'єкти більше не наділені. Конструкція, яка присвячена захисту осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування від небажаного впливу з боку знайомих, друзів, рідних, помічників, радників, секретарів, референтів тощо має право на існування. Більше того, такий злочин цілком може розглядатися як посягання у сфері службової діяльності. Саме такий статус має це діяння і в кримінальних кодексах зарубіжних країн (наприклад, КК Австрії, КК Туреччини тощо). Однак, по-перше, при цьому не може йтися про зловживання впливом, оскільки законного впливу у цьому випадку не існує. Не випадково у кримінальних кодексах зарубіжних країн подібні діяння

йменуються «заборонене втручання» (§ 308 КК Австрії), «отримання винагороди шляхом стверджень про близькі відносини з державними чиновниками» (глава 11 КК Туреччини) тощо, а, по-друге, такий злочин не може розглядатися як корупційний, оскільки згадані вище особи не мають обумовлених повноваженнями можливостей для впливу на осіб, уповноважених на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

Втім, позитивне вирішення питання щодо доповнення розділу XVII Особливої частини КК України нормою на кшталт «забороненого втручання» потребує окремого розгляду, який виходить за межі даного дисертаційного дослідження.

ВИСНОВКИ

На підставі проведеного дисертаційного дослідження були сформульовані наступні висновки та пропозиції:

1. Аналіз кримінально-правових норм про підкуп в історичній ретроспективі свідчить про те, що він традиційно використовувався вітчизняним законодавцем як спосіб підбурювання до вчинення злочину, а згодом і як спосіб вчинення діяння, передбаченого Особливою частиною КК України. При цьому отримання матеріальної винагороди адресатом підкупу злочином не визнавалося, а надання йому такої винагороди після вчинення тих чи інших дій не могло розглядатися як підкуп.

2. Порівняльно-правовий аналіз підкупу за кримінальним законодавством України та окремих зарубіжних країн дозволяє дійти висновку про те, що у кримінальних кодексах Бельгії, Франції та ін. при характеристиці підбурювання до злочину замість терміну «підкуп» використовується таке поняття, як подарунки. У поняття підкупу у кодексах зарубіжних країн вкладається більш широкий зміст, що охоплює як надання, так і одержання певної вигоди. Хоча такий підхід не є загальновизнаним навіть у країнах Європейського Союзу, національний законодавець запровадив його при криміналізації нових та зміні вже відомих видів (крім діянь, передбачених ст. ст. 368, 369 КК України) корупційного підкупу. Такий крок суттєво загострив проблему розмежування різних за своєю кримінально-правовою природою видів підкупу, оскільки згідно з вітчизняними традиціями дії його адресата при підбурюванні чи перешкодженні, пов'язані з прийняттям відповідної пропозиції, злочином, як і раніше, не визнаються. Вирішення цієї проблеми можливе шляхом науково обґрунтованої класифікації передбаченого КК України підкупу, що дозволить уникнути доволі поширених у сучасній українській кримінально-правовій доктрині спроб уніфікації цього поняття та намагань використовувати ознаки корупційного підкупу при характеристиці підбурювання чи схиляння до дій, які не є злочинними.

3. Підкуп та корупція є автономними категоріями. З одного боку, підкуп є лише одним із проявів корупції, а з іншого – КК України передбачена відповідальність за діяння, де фігурує підкуп, які до категорії корупційних не належать. Виходячи з цього, залежно від відсутності чи наявності ознак корупції, підкуп може бути поділений на загальнокримінальний та корупційний.

4. Підкуп є активною дією, яка полягає у схиленні іншої особи до вчинення передбаченого КК України кримінального правопорушення чи схиленні її до поведінки, яка таким правопорушенням не визнається, шляхом пропозиції чи надання матеріальних та інших майнових вигод або позбавлення матеріальних витрат, або пропозиції, обіцянки чи надання неправомірної вигоди з метою схилити іншу особу до протиправного використання наданих їй повноважень чи пов'язаних з ними можливостей або прийнятті пропозиції, обіцянки чи одержанні неправомірної вигоди, її проханні або вимаганні особою за протиправне використання своїх повноважень чи пов'язаних з ними можливостей;

5. Видами загальнокримінального підкупу є підкуп-підбурювання (загальне та спеціальне) і підкуп-перешкоджання (втягнення, схилення, втручання, вплив). Предметом такого підкупу можуть виступати навички, вміння, фізичні чи інтелектуальні можливості особи або її загальні (спеціальні) права та обов'язки, а засобом – майнова вигода.

6. Поняття службової та посадової особи у кримінально-правовій площині повинні бути диференційовані, оскільки державно владними повноваженнями або повноваженням територіальних громад наділені виключно службові особи.

7. Корупційний підкуп може бути поділений за: а) характером дій його суб'єкта та адресата (вимушений, добровільний, пасивний, активний); б) предметом, який складають надані особі повноваження чи пов'язані з ними можливості (підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати функції представника влади; підкуп, предметом якого є повноваження здійснювати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції; підкуп, предметом якого є повноваження на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру; підкуп, предметом якого є повноваження на виконання

завдань і функцій державного органу або органу місцевого самоврядування та повноваження, обумовлені виконанням професійних обов'язків; підкуп, предметом якого є пов'язані з повноваженнями можливості).

8. З метою вдосконалення КК України в частині відповідальності за підкуп та діяння, пов'язані з ним доцільним є внесення таких змін та доповнень:

а) доповнити ст. 27 КК частиною восьмою такого змісту: «Не є співучастю провокація злочину, тобто схилення особи до вчинення злочину щоб потім її викрити. Особи, які вчинили це діяння підлягають кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинений ними злочин. Особи, які вчинили злочин внаслідок провокації підлягають кримінальній відповідальності, крім випадків, передбачених Особливою частиною цього Кодексу»;

б) ч. 2 ст. 29 доповнити положеннями такого змісту: «Якщо дії організатора, підбурювача чи пособника з незалежних від них обставин виявляться невдалими, вони несуть відповідальність за готування до відповідного злочину»;

в) диспозицію ч. 1 ст. 149 КК України викласти як описову: «Торгівля людьми, тобто вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації з використанням ...»;

г) у диспозиції ч. 1 та ч. 3 ст. 354 КК словосполучення «з використанням становища» замінити на словосполучення «з використанням наданих їм повноважень». Розташувати цей злочин у розділі XVII Особливої частини КК України;

д) ч. 3 ст. 18 КК викласти у такій редакції:

«Службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а посадовими є особи, які обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади чи в органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій або виконують такі функції за спеціальним повноваженням»;

е) у п. 1 примітки до ст. 364 КК після слів «місцевого самоврядування» додати «а посадовими особами є особи, які ...»;

є) замінити у найменуванні та диспозиції ч. 1 ст. 364¹ та ч. 1, ч. 3 ст. 368³ словосполучення «службова особа» на словосполучення «посадова особа»;

ж) назву, диспозиції ч.1 та ч.3 ст. 368⁴ КК України і примітку до неї викласти у такій редакції:

Ст. 368⁴ Підкуп особи, уповноваженої на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру

1. Пропозиція чи обіцянка особі, уповноваженій на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення цією особою дій або її бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи, - караються ...

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди особою, уповноваженою на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи, - караються ...

Примітка 1. Під рішенням, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру слід розуміти рішення, яке має юридичне значення лише для окремої фізичної або юридичної особи, окремих сторін спору (конфлікту), окремої процедури чи провадження (судового або виконавчого) або окремого правочину і не є загальнообов'язковим.

2. Особами, уповноваженими на прийняття рішення, що спричинило чи здатне спричинити правові наслідки індивідуального характеру, є службові чи посадові особи, державні службовці та фізичні особи, які законом, підзаконними актами, договором чи угодою сторін спору (конфлікту) наділені повноваженнями здійснювати функцію прийняття таких рішень;

з) доповнити розділ XVII Особливої частини ст. 368⁶ з назвою, диспозиціями та приміткою такого змісту:

Ст. 368⁶ Підкуп публічного службовця

1. Пропозиція чи обіцянка публічному службовцю, який не є службовою або посадовою особою, надати йому або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи не вчинення публічним службовцем в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданих йому повноважень, - караються ...

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, - караються ...

3. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання публічним службовцем, який не є службовою або посадовою особою, неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення будь-якої дії з використанням наданих йому повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду або в інтересах третьої особи, - караються ...

4. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди, - караються ...

Примітка 1. Під публічним службовцем слід розуміти державного службовця, службовця органу місцевого самоврядування чи працівника публічної патронатної служби;

і) назву та диспозицію ч. 1 ст. 369³ КК викласти у такій редакції:

Маніпулювання спортивними змаганнями

1. Маніпулювання спортивними змаганнями, тобто умисні дії, спрямовані на некоректні зміни ходу спортивного змагання чи його результату, вчинені спортсменами, особами допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні або офіційними особами у сфері спорту з корисливих мотивів, - карається ... Розташувати цей злочин у розділі VII Особливої частини «Злочини у сфері господарської діяльності»;

й) диспозиції статті про провокацію підкупу та примітку до неї викласти у такій редакції:

1. Схиляння особи до вчинення підкупу, щоб потім викрити того, хто його вчинив, - карається ...

2. Те саме діяння, вчинене службовою особою або створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють підкуп, щоб потім викрити того, хто його вчинив, - караються ...

3. Дії, передбачені частиною другою, вчинені службовою особою правоохоронних органів, - караються ...

Примітка. Не підлягають кримінальній відповідальності особи, які пропонували, обіцяли чи надали неправомірну вигоду або прийняли пропозицію, обіцянку чи одержали таку вигоду у зв'язку з провокацією підкупу.

Розташувати цю статтю у розділі XVIII Особливої частини «Злочини проти правосуддя»;

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кістяківський О.Ф. Елементарний підручник загального кримінального права з детальним викладом російського кримінального законодавства. Загальна частина. Репр. вид. Київ: ПАЛИВОДА А.В., 2009. 906 с.
2. Собрание Узаконений и Распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Украины. 1922. №37.
3. Збірник Узакошень та Розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. 1927. №26-27.
4. Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2009. 336 с.
5. Кримінальний кодекс УРСР від 28 грудня 1960 р. *Відомості Верховної ради УРСР*. 1961. №2. Ст. 14.
6. Советское уголовное право. Часть общая: Учебное пособие /Отв. ред. В.М. Чхиквадзе. М.: Госюриздат, 1952. 511 с.
7. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник /За ред. П.С. Матишевського. Київ: Юрінком інтер, 1997. 512 с.
8. Уголовный кодекс Бельгии /Науч. ред. Н.И. Мациева; пер. с франц. Г.И. Мачковского. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 561 с.
9. Уголовный кодекс Франции /Науч. ред. Л.В. Головки, Н.Е. Крылова; пер. с франц. Н.Е. Крыловой. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 650 с.
10. Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской Республики Иран /Науч. ред. А.И. Ахани; перев. с персид. М.С. Пелевина. СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. 343 с.
11. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии /Науч. ред. Д.А. Шестаков; перев. с немец. Н.С. Рачковой. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 524 с.
12. Рудов М.В. Уголовно-правовые средства охраны истины в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 /Владивосток, 2002. 23 с.

13. Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. 491 с.
14. Преступления против правосудия /Под ред. А.В. Галаховой. М.: Норма, 2005. 374 с.
15. Уголовный кодекс Турции /Науч. ред. Н. Сафаров; перев. с турецк. Х. Бабаева. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 374 с.
16. Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 года /под ред. Н.И. Мельника, Н.И. Хавронюка. Киев.: А.С. К., 2004. 1216 с.
17. Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий. /Отв. ред. С.С. Яценко. Киев: А.С.К., 2003. 1088 с.
18. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України /За заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. Київ: Юрінком інтер, 2018. 1104 с.
19. Кримінальне право України. Судові прецеденти (1864-2007 рр.) /за ред. В.Т. Маляренка. Київ: Освіта України, 2008. 1104 с.
20. Уголовное право. Особенная часть: Учебник. Ч. 2. /Под ред. Н.А. Беляева, Д.П. Водяникова, В.В. Орехова. СПб., 1995. 236 с.
21. Уголовный кодекс Литовской Республики /Науч. ред. В. Павилонис; перев. с лит. В.П. Казанскене. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 470 с.
22. Пудовочкин Ю.Е. Ответственность за преступления против несовершеннолетних /Науч. ред. Г.И. Чечель. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 293 с.
23. Ус О.В. Відповідальність за підбурювання до злочину: Навч. посіб. /Харків: Право, 2008. 60 с.
24. Постанови Пленуму Верховного суду України в кримінальних та адміністративних провадженнях: Офіційний текст /Упоряд. С.А. Кузьмін, М.С. Кучеренко. Київ: ПАЛИВОДА А.В., 2016. 860 с.
25. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2-х т. Т. 2 /За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Харків: *Право*, 2013. 1040 с.

26. Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. Київ: Парламентське вид., 2000. 256 с.
27. Волженкин Б.В. Служебные преступления. М.: *Юрист*, 2000. 368 с.
28. Ответственность за должностные преступления в зарубежных странах /Отв. ред. Ф.М. Решетников. М.: Юрид. лит., 1994. 75 с.
29. Лукомський В.С. Кримінальна відповідальність за дачу хабара та посередництво в хабарництві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 08. Інститут держави і права АН України. Київ, 1996, 28 с.
30. Аслаханов А.А. Проблемы уголовно-правовой борьбы со взяточничеством. *Государство и право*. 1993. №4. с. 81-88.
31. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід протидії корупційним злочинам: юридична природа та зміст. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. №7. С. 176-184
32. Великий тлумачний словник сучасної української мови /Уклад. і голів. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь: ВТО «Перун», 2009. 1736 с.
33. Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: *Русский язык*, 1990. 921 с.
34. Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії): монографія. Київ: *Юридична думка*, 2004. 400 с.
35. Советский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1980. 1599 с.
36. Юридичний словник-довідник. Київ: Феміна, 1996. 696 с.
37. Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. М.: Юринформцентр, 1995. 365 с.
38. Комисаров В.С. Уголовно-правовые аспекты борьбы с коррупцией. *Вестник Московского университета*. Серия 11. Право. 1993. №1. С. 26-30
39. Бельский К.С. Об уточнении понятия «коррупция». *Государство и право*. 2012. №12. С. 22-28.
40. Холмс Л. Корупція та криза в посткомуністичних державах: Доповідь на міжнародній конференції «Корупція у сучасній політиці». Велика Британія, 1996 (14-16 листопада). 40 с.

41. Багрій-Шахматов Л.В. Корупція як злочинне діяння. *Міжвідомчий науковий збірник*. Київ, 2001. Т. 25. С.116-118.
42. Багрій-Шахматов Л.В. Уголовно-правовые и криминологические проблемы коррупции, теневой экономики и борьбы с ними. Одесса: Латстар, 2001. 530 с.
43. Уголовный кодекс Республики Молдова. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 408 с.
44. Аркуша Л. Коррупция – элемент организованной преступной деятельности. *Юридический вестник*. 2000. №2. С. 118-121.
45. Терещук О.В. Адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеська національна юридична академія Одеса, 2000. 20 с.
46. Лунеев В.В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. М.: НОРМА, 1999. 516 с.
47. Волженкин Б.В. Коррупция. СПб., 1998. 44 с.
48. Уголовный кодекс Кыргызской Республики. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527>
49. Невмержицький Є.В. Корупція в Україні: причини, наслідки, механізм протидії. Київ: КНТ, 2008. 368 с.
50. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період: монографія. Київ: Ін юре, 2014. 564 с.
51. Цитряк В.Я. Інфраструктура підкупу у сфері публічної службової діяльності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. №6. С. 192-196. URL:http://www/lsej.org.ua/6_2015/53.pdf
52. Дремін В.Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества: монографія. Одесса: Юридическая литература, 2009. 612 с.
53. Конвенція ООН проти корупція від 31 жовтня 2003 року, ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 року. *Офіційний вісник України*. 2010. №10. Ст. 506.

54. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 7 квітня 2011 р. Офіційний вісник України. 2011. №44. Ст. 1764.
55. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 року, ратифікована Законом України від 18 жовтня 2006 року. *Офіційний вісник України*. 2010. №15. Ст. 717.
56. Актуальні проблеми кримінальної відповідальності (за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції з кримінального права). *Право України*. 2013. №12. С. 334-350.
57. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. №49. Ст. 2056.
58. Андрушко П. Корупційні правопорушення та корупційні злочини як їх різновид: співвідношення і диференціація відповідальності за їх вчинення. *Право України*. 2010. №9. С. 90-100.
59. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: *Право*, 2013. 424 с.
60. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. №47. Ст. 2051.
61. Березнер В.В. Поняття корупції та система корупційних злочинів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2014. Т. 2. С. 123-128.
62. Чугуников И.И. Кризис уголовного права или уголовное права кризиса? *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. Т. XVIII /редкол. С.В. Ківалов та ін.; відп. за вип. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юридична література, 2016. С. 213-226 (227 с.).
63. Радутний О.Є. Корупція – образ ворога у кримінально-правовій політиці України. Політика в сфері боротьби зі злочинністю: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 20 травня 2017 року. Івано-Франківськ, 2017. С. 246-251 (349).

64. Михайленко Д.Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. 582 с.

65. Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 7 червня 2018 р. *Відомості Верховної Ради*. 2018. №24. Ст. 212.

66. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2009. 400 с.

67. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України від 7 квітня 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. №41. Ст. 414.

68. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією: Закон України від 18 квітня 2013 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. №10. Ст. 119.

69. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 13 травня 2014 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. №28. Ст. 937.

70. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за порушення виборчих прав громадян: Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Голос України*. 2014. №203.

71. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України від 12 лютого 2015 р. *Відомості Верховної Ради*. 2015. №17. Ст. 118.

72. Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань: Закон України від 3 листопада 2015 р. *Офіційний Вісник України*. 2015. №96.

73. Вознюк А.А. Підкуп як спосіб вчинення злочину. Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. 2011. №3(46). С. 200-205.

74. Овод К.К. Кримінально-правова характеристика підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. МВС України, Харківський національний університет внутрішніх справ. Харків, 2017. 207 с.
75. Малинин В.Б., Парфенов А.Ф. Объективная сторона преступления. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 301 с.
76. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении /Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.И. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. 592 с.
77. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
78. Михайленко Д. Концепція співвідношення давання та одержання хабара. *Право України*. 2010. №5. С. 123-129.
79. Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області у кримінальному провадженні №161/11131/16-к від 15.09.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL:<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61296503>
80. Березнер В.В. Підкуп як кримінально-правове поняття: проблеми визначення та класифікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: юриспруденція. Одеса, 2018. Т. 2. Вип. 36. С. 131-138.
81. Вереша Р.В. Співучасть у злочині: науково-практичний посібник. Київ: Алерта, 2014. 56 с.
82. Энциклопедия уголовного права. Т. 6 Соучастие в преступлении. СПб.: Издание профессора Малинина, 2007. 563 с.
83. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіційне видання /відп. ред. П.П. Пилипчук. Київ: Інюре, 2007. 328 с.
84. Энциклопедия уголовного права. Т. 5. Неоконченное преступление. СПб.: Издание профессора Малинина, 2006. 463 с.
85. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 386 КК України. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 травня 2019 р.) /відп. ред.. Г.О. Ульянова. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 231-233 (788с.)

86. Навроцький В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. Київ: Атіка, 1999. 418 с.
87. Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів: монографія. Київ: Атіка, 2004. 188 с.
88. Вирок Лозівського міськрайонного суду Харківської області у кримінальному провадженні №629/2461/16-к від 02.02. 2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65103968>
89. Вирок Городецького районного суду Львівської області у кримінальному провадженні №441/147/17-к від 07.06.2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74555259>
90. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2-х т. Т. 1 /За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Х.: Право, 2013. 376 с.
91. Вирок Скадовського районного суду Херсонської області у кримінальному провадженні №663/3466/13-к від 01.04.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37963924>
92. Вирок Первомайського міського суду Луганської області у кримінальному провадженні №421/3065/13-к від 20.12.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37442955>
93. Вирок Літинського районного суду Вінницької області у кримінальному провадженні №137/394/16-к від 16.02.2016. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56861162>
94. Вирок Нововолинського міського суду Волинської області у кримінальному провадженні №165/1074/16-к від 09.08.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59539116>
95. Энциклопедия уголовного права. Т. 2: Уголовный закон. СПб.: Издание профессора Малинина, 2005. 847 с.
96. Лысенко О.В. Уголовно-правовые аспекты незаконного вознаграждения: автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 М., 2002. 23 с.
97. Загальне адміністративне право: підручник /За заг. ред. І.С. Гриценка. Київ: Юрінком інтер, 2016 . 568 с.

98. Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. №28. Ст. 232.
99. Вирок Іваничівського районного суду Волинської області у кримінальному провадженні №1/156/4/14-к від 04.03.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37473458>
100. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 512 с.
101. Пудовочкин Ю.Е. Учение о преступлении: избранные лекции. М.: Юрлитинформ, 2010. 280 с.
102. Савченко А.В., Кришевич О.В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України /За заг. ред. В.І. Шакуна. Київ: Алерта, 2012. 160 с.
103. Бантишев О.Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації): навч. посібник. Київ: МАУП, 2002. 128 с.
104. Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления. Київ: *Наукова думка*, 1978. 302 с.
105. Вісник Верховного Суду України. 2009. №3.
106. Жижиленко А.А. Должностные (служебные) преступления: Практический комментарий. М.: Госюриздат, 1927. 167 с.
107. Н.Н. Наказывается ли по действующему праву давший взятку, вызванную провокацией. *Вестник советской юстиции*. 1924. №24. С. 831-834
108. Эстрин А. Должностные преступления. М.: Госюриздат, 1928. 166 с.
109. Трайнин А.Н. Уголовное право. Часть Особенная. М.: Госюриздат, 1927. 512 с.
110. Уголовный кодекс Республики Корея /Науч. ред. А.И. Коробеев; перев. с корейск. В.В. Верхоляка. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 240 с.
111. Уголовный кодекс Республики Армения /Науч. ред. Н.И. Мацнева; перев. с армянск. Р.З. Авакяна. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 450 с.

112. Уголовный кодекс Республики Польша:

URL:<http://www.Law.edu.ru/norm/.norm.asp>.

113. Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Владивосток, 2000. 23 с.

114. Тестові завдання з кримінального права: Навчальний посібник /відп. ред. Є.Л. Стрельцов. Одеса: Юридична література, 2019. 260 с.

115. Кирпичников А.И. Взятка и коррупция в России. СПб.: Альфа, 1997. 449 с.

116. Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією. Вісник Академії правових наук. 1998. №4. С. 157-162.

117. Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенствования законодательства). *Государство и право*. 1996. №2. С. 82-85.

118. Березнер В. Провокація підкупу у світлі практики Європейського суду з прав людини *Jurnalul juridic national: teorie si practica*. 2016. №2 (18). С. 103-107.

119. Пионтковский А.А., Меньшагин В.Д., Чхиквадзе В.М. Курс советского уголовного права. Т. 2. М.: Госюриздат, 1959. 582 с.

120. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник /За ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Харків: *Право*, 2015. 528 с.

121. Про внесення змін до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами: Закон України від 6 вересня 2018 р. *Відомості Верховної Ради*. 2018. №41. Ст. 321.

122. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації об'єднаних націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. *Офіційний вісник України*. 2006. №14. Ст. 1057.

123. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми: Закон України від 21 вересня 2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. №5. Ст. 31.

124. Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. №44-45, №46-47, №48. Ст. 552.

125. Іващенко В.О. Торгівля жінками та дітьми (кримінологічні та кримінально-правові аспекти боротьби): монографія. Київ: Атіка, 2004. 112 с.
126. Зелинская Н.А. Международные преступления. Одесса: Юридическая литература, 2006. 568 с.
127. Березнер В.В. Підкуп як спосіб спеціального підбурювання до торгівлі людьми. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. Вип. 4. С. 190-196.
128. Вирок Бородянського районного суду Київської області у кримінальному провадженні №1/1006/153/12-к від 19.06.2012 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24885853>
129. Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області у кримінальному провадженні №189/884/15-к від 08.06.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47717420>
130. Задоя К.П. Науково-практичний коментар до ст. 369³ Кримінального кодексу України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань» //Право і громадянське суспільство (Науковий журнал. Електронне видання). URL: <http://lcslaru.knu.ua/index.php./arkhiv-nomeriv/2-11-2015/item/219>
131. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань. Кримінальне правопорушення: Національний та зарубіжний виміри: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 24 травня 2019 р.). Одеса: Юридична література, 2019. С. 221-224 (232 с.)
132. Конвенція Ради Європи проти маніпулювання спортивними змаганнями від 18 вересня 2014 р. Ратифікована Законом України від 16 листопада 2016 р. *Офіційний вісник України*. 13 грудня 2016 р. №96.
133. Березнер В.В. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації в системі злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: Юридичні науки. Вип. 1. Т. 3. 2015. С. 166-174.
134. Уголовный кодекс Швейцарии /Науч. ред. и перев. с немецк. А.В. Серебренниковой. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 366 с.

135. Уголовный кодекс Австрии /Науч. ред. С.В. Милюкова; перев. с немецк. Л.С. Вихровой. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 352 с.
136. Уголовное законодательство Норвегии /Науч. ред. Ю.В. Голик; перев. с норвежск. А.В. Жмени. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 375 с.
137. Настюк В.Я., В.В. Белєвцева, О.В. Клок. Адміністративно-правові проблеми протидії корупції в Україні: монографія /За заг. ред. В.Я. Настюка. Харків: Право, 2017. 216 с.
138. Конституція України: чинне законодавство станом на 2 квітня 2019 р.: Офіц. текст. Київ: Алерта, 2019. 80 с.
139. Конституція України. Науково-практичний коментар /редкол. В.Я. Тацій, О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш та ін. Харків: Право, 2012. 1128 с.
140. Общетеоретическая юриспруденция: учебник /под. ред. Ю.Н. Оборотова. Одесса: Феникс, 2011. 436 с.
141. Скаун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. Харьков: Эспада, 2007. 840 с.
142. Про вибори Президента України: Закон України від 5 березня 1999р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. №14. Ст. 81.
143. Про місцеві вибори: Закон України від 14 липня 2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. №37-38. Ст. 366.
144. Вирок Кілійського районного суду Одеської області у кримінальному провадженні №502/945/18-к від 3.12.2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78263688>
145. Про вибори народних депутатів України: Закон України від 17 листопада 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. №10-11. Ст. 73.
146. Про внесення змін до деяких законів України щодо особливостей фінансового контролю окремих категорій посадових осіб: Закон України від 23 березня 2017 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. №14. Ст. 159.
147. Кодекс України про адміністративні правопорушення станом на 8 травня 2019 р.: Офіц. текст. Київ: Алерта, 2019. 308 с.

148. Виборчий кодекс України від 19 грудня 2019 р. *Голос України* від 28 грудня 2019 р. №251.

149. Рішення Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 р. №4р-2018 у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум». *Вісник Конституційного суду України*. 2018. №3.

150. Про всеукраїнські та місцеві референдуми: Закон України від 3 липня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. №33. Ст. 443.

151. Вознюк А.А. Кримінальна відповідальність за створення злочинних об'єднань та участь у них: монографія. Київ: ФОП Маслаков, 2018. 928 с.

152. Роз'яснення Державної інспекції України з питань праці щодо категорії «посадові особи» у трудовому законодавстві від 24.07.2014 р. URL: <http://www.kadrovik.ua/content/kategoriya-posadovi-osobi-u-trudovomu-zakonodavstvi>

153. Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб: Закон України від 11 липня 1995 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. №29. Ст. 216.

154. Біла-Тіунова Л.Р. Службова кар'єра в Україні: монографія. Одеса: Фенікс, 2011. 540 с.

155. Вознюк В. Посадова і службова особа: конституційно-правовий та кримінально-правовий аспекти. *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. №2. С. 37-42.

156. Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №4. Ст. 43.

157. Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів: Закон України від 10 листопада 2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №1. Ст. 2.

158. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 7 червня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №33. Ст. 175.

159. Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю: затвердженні Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції 11 серпня 2016 р. URL: <https://rada.gov.ua/uploads/documents/47333.pdf>

160. Кульбашна О. Співвідношення понять «службовець» і «державний службовець» у законодавстві України. *Право України*. 1999. №4. С. 97-101.

161. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. №2-3. Ст. 12.

162. Про Національну поліцію: Закон України від 2 липня 2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. №40-41. Ст. 379.

163. Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону: Закон України від 22 червня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. №40. Ст. 238.

164. Про статус депутатів місцевих рад: Закон України від 11 липня 2002 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. №40. Ст. 290.

165. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. №24. Ст. 170.

166. Закон України «Про Національну поліцію». Положення про національну поліцію: офіц. текст. Київ: Алерта, 2016. 84 с.

167. Гражданский кодекс Украины: Научно-практический комментарий /под ред. Е.О. Харитонов. Харків: ООО «Одиссей», 2007. 1280 с.

168. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №9-10, №11-12, №13. Ст. 88.

169. Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №40-44. Ст. 356.

170. Про Дисциплінарний статут Національної поліції України: Закон України від 15 березня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. №29. Ст. 233.

171. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення ефективності інституційного механізму запобігання корупції: Закон України від 2 жовтня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. №47. Ст. 311.

172. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і покарання за набуття таких активів: Закон України від 31 жовтня 2019 р. *Офіційний вісник України*. 2019. №95. Ст. 3140.

173. Якимов О.Ю. Легализация (отмывание) доходов, приобретенных преступным путем: уголовно-правовые и уголовно-политические проблемы /под ред. Н.А. Лопашенко. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. 262 с.

174. Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №1. Ст. 1.

175. Про Державне бюро розслідувань: Закон України від 12 листопада 2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №6. Ст. 55.

176. Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг: Закон України від 22 вересня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №51. Ст. 833.

177. Про Центральну виборчу комісію: Закон України від 30 червня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №36. Ст. 448.

178. Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. №7-8. Ст. 50.

179. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №31. Ст. 545.

180. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №5-6. Ст. 30.

181. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №20. Ст. 99.

182. Статут Державної спеціалізованої фінансової установи «Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву»: затверджений постановою

Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2000 р. *Офіційний вісник України*. 2000. №43. Ст. 1846.

183. Положення про Український центр оцінювання якості освіти: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 31 грудня 2005 р. *Офіційний вісник України*. 2006. №1. Ст. 34.

184. Господарський кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №18, №19-20, №21-22. Ст. 144.

185. Статут Державного концерну «Укроборонпром»: затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 31 серпня 2011 р. *Офіційний вісник України*. 2011. №74. Ст. 11.

186. Загальне положення про центр соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 р. *Офіційний вісник України*. 2013. №70. Ст. 9.

187. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 2 липня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. №1. Ст. 1.

188. Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. №29. Ст. 238.

189. Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. №37-38. Ст. 2004.

190. Цивільне право України. Загальна частина: підручник /За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. К.: Юрінком Інтер, 2014. 976 с.

191. Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. №50-51. Ст. 384.

192. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. №13. Ст. 69.

193. Статут державного публічного акціонерного товариства «Будівельна компанія Укрбуд»: затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 31 грудня 2004 р. *Офіційний вісник України*. 2005. №1. Ст. 29.

194. Положення про Офіс Президента України: затверджено Указом Президента України від 25 червня 2019 р. *Офіційний вісник України*. 2019. №47. Ст. 35.
195. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. №30. Ст. 463.
196. Про Раду національної безпеки і оборони України: Закон України від 5 березня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №35. Ст. 237.
197. Про Представництво Президента України в Автономній республіці Крим: Закон України від 2 березня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. №21. Ст. 158.
198. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. №49. Ст. 272.
199. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17 березня 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. №38. Ст. 385.
200. Про державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України: Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. №30. Ст. 258.
201. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №50. Ст. 472.
202. Положення про Комісію з питань вищого корпусу державної служби: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 2016 р. *Офіційний вісник України*. 2016. №38. Ст. 29.
203. Положення про Раду громадського контролю при Державному бюро розслідувань: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 20 грудня 2017 р. *Офіційний вісник України*. 2017. №81. Ст. 54.
204. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. №13. Ст. 222.
205. Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. №35-36. Ст. 134.

206. Про План заходів щодо реалізації положень висновку №190 (1995) Парламентської асамблеї Ради Європи щодо заяви України на вступ до Ради Європи та Резолюції №1862(2012) Парламентської асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні»: Постанова Верховної Ради України від 11 квітня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №3. Ст. 25.

207. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст.19 Конвенції ООН проти корупції: Закон України від 21 лютого 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. №12. Ст. 188.

208. Про політичні партії: Закон України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №23. Ст. 118.

209. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. №29. Ст. 535.

210. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23 лютого 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. №50. Ст. 564.

211. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. 19 с.

212. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. у редакції від 30 червня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. №42-43. Ст. 378.

213. Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №39. Ст. 383.

214. Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №32. Ст. 409.

215. Про третейські суди: Закон України від 11 травня 2004 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №35. Ст. 412.

216. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 3 березня 1998 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. №34. Ст. 227.

217. Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність: Закон України від 21 грудня 2017 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. №9. Ст. 50.

218. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність: Закон України від 12 липня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №47. Ст. 251.

219. Вирок колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Львівської області у кримінальному провадженні №461/7192/14-к від 28.04.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43836354>

220. Вирок Ладижинського міського суду Вінницької області у кримінальному провадженні №135/1045/15-к від 19.08.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49120361>

221. Вирок Рівненського міського суду Рівненської області у кримінальному провадженні №569/11514/15-к від 29.04.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58252157>

222. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області у кримінальному провадженні №607/10451/15-к від 01.10. 2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52289978>

223. Вирок Личаківського районного суду м. Львова у кримінальному провадженні №463/4235/17-к від 29.08.2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68495175>

224. Вирок Рубіжанського міського суду Луганської області у кримінальному провадженні №425/2593/14-к від 21.05.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44311188>

225. Вирок Вінницького районного суду Вінницької області у кримінальному провадженні №128-3292/16-к від 03.10.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61736472>

226. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області у кримінальному провадженні №607/7342/15-к від 29.07.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48155311>

227. Вирок Берегівського районного суду Закарпатської області у кримінальному провадженні №297/1420/14-к від 17.07.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39848804>

228. Вирок Герцаївського районного суду Чернівецької області у кримінальному провадженні №714/577/14-к від 17.09.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40938311>

229. Вирок Залізничного районного суду м. Львова у кримінальному провадженні №462/8270/15-к від 27.01.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55450416>

230. Вирок Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області у кримінальному провадженні №442/4747/17-к від 21.07.2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67844723>

231. Вирок Комінтернівського районного суду м. Харкова у кримінальному провадженні №1/2020/198/2012 від 11.01.2012 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49863226>

232. Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: монографія. К.: ОВК, 2015. 224 с.

233. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №27. Ст. 282

234. Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191): ратифікований законом України від 18 жовтня 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. №50. Ст. 498

235. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. №51. Ст. 577

236. Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова у кримінальному провадженні №750/13057/14 від 10.03.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43015943>

237. Вирок Винницького міського суду Вінницької області у кримінальному провадженні №127/18023/14-к від 08.09.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40388231>

238. Вирок Заставнівського районного суду Чернівецької області у кримінальному провадженні №716/55/14-к від 06.05.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40760650>

239. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. №45. Ст. 397

240. Ухвала Краматорського міського суду Донецької області у кримінальному провадженні №234/11201/16-к від 01.08.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59429173>

241. Осадчий В.І. Кримінально-правова характеристика та кваліфікація підкупу працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України). *Юридичний вісник. повітряне і космічне право*. 2015. №2. С. 145-151

242. Березнер В.В. Об'єкт підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. Серія: Право. Вип. 35. Ч. 1. Т. 3. 2015. С. 47-54

243. Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика одержання незаконної винагороди працівником держаного підприємства, установи чи організації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. МВС України, Харківський Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2012. 205 с.

244. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник /за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Харків: Право, 2015. 680 с.

245. Осадчий В. Об'єкт і система злочинів, передбачених розділом XV КК України. *Право України*. 2004. №2. С. 96-99

246. Вирок Личаківського районного суду м. Львова у кримінальному провадженні №463/2674/17-к від 03.10.2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70053598>

247. Вирок Сихівського районного суду м. Львова у кримінальному провадженні №464/1033/14-к від 05.02.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36985324>

248. Вирок Оржицького районного суду Полтавської області у кримінальному провадженні №543/645/15-к від 23.07.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47461838>

249. Вирок Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області у кримінальному провадженні №265/5653/15-к від 17.09.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50632484>

250. Вирок Малиновського районного суду м. Одеси у кримінальному провадженні №521/13404/13-к від 22.04.2016 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57330859>

251. Вирок Центрального районного суду м. Сімферополя АРК у кримінальному провадженні №124/245/13-к від 19.08.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33251393>

252. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області у кримінальному провадженні №607/16963/14-к від 10.12.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42773179>

253. Вирок Болехівського міського суду Івано-Франківської області у кримінальному провадженні №339/184/15-к від 27.05.2015 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44412274>

254. Вирок Міловського районного суду Луганської області у кримінальному провадженні №418/969/17-к від 19.12.2017 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71248595>

255. Светлов О., Трофімов С. Визначення поняття посадової особи в новому КК України. *Правова система України: теорія і практика*. Київ, 1993. С. 438-440

256. Сборник постановлений Пленума и определенных коллегий Верховного Суда СССР за 1944 г. М.: Юриздат, 1948. 197 с.

257. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» /за заг. ред. Журавльова Д.В., Київ: Видавничий дім «Професіонал», 2018. 512 с.

258. Вирок Московського районного суду м. Харкова у кримінальному провадженні №643/4959/13-к від 29.04.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/430988839>

259. Вирок Держинського районного суду м. Харкова у кримінальному провадженні №638/7762/13-к від 17.06.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31865448>

260. Мельникова В.Е. Ответственность за взяточничество. М.: Юридическая литература, 1982. 187 с.

261. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва у кримінальному провадженні №761/38496/14-к від 29.12.2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42174976>

262. Кочмазов О.Х. Ответственность за взяточничество по российскому уголовному праву: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 1999. 219 с.

263. Вирок Жовтневого районного суду м. Дніпра у кримінальному провадженні №201/8276/17-к від 05.03.2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80249177>

264. Вирок Надвірнянського районного суду Івано-Франківської області у кримінальному провадженні №354/814/18-к від 29.01.2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79505808>

265. Вирок Біляївського районного суду Одеської області у кримінальному провадженні №496/4119/18-к від 30.10.2018 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77487588>

266. Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області у кримінальному провадженні №607/7768/13-к від 08.05.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31451160>

267. Вирок Голосіївського районного суду м. Києва у кримінальному провадженні №752/8922/13-к від 10.06.2013 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31741585>

268. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп працівника підприємства, установи чи організації: тенденції та суперечності. *Держава і регіони*. Серія: Право. 2016. №4. С. 74-83

ДОДАТКИ

Додаток 1

Список опублікованих праць за темою дисертації

1. Березнер В.В. Поняття корупції та система корупційних злочинів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2014. Т. 2. С. 123-128.
2. Березнер В.В. Об'єкт підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. Серія: Право. Вип. 35. Ч. 1. Т. 3. 2015. С. 47-54
3. Березнер В.В. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації в системі злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: Юридичні науки. Вип. 1. Т. 3. 2015. С. 166-174.
4. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід кримінально-правового характеру в боротьбі з підкупом. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2 (8). С. 151-156.
5. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп працівника підприємства, установи чи організації: тенденції та суперечності. *Держава та регіони*. Серія: Право. 2016. №4 (54). С. 74-83.
6. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід протидії корупційним злочинам: юридична природа та зміст. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. №7. С. 176-184
7. Березнер В. Провокація підкупу у світлі практики Європейського суду з прав людини. *Jurnalul juridic national: teorie si practica*. 2016. №2 (18). С. 103-107.
8. Березнер В.В. Підкуп як кримінально-правове поняття: проблеми визначення та класифікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2018. Вип. 36. Т. 2. С. 131-139.

9. Березнер В.В. Підкуп як спосіб спеціального підбурювання до торгівлі людьми. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. №4. С. 190-196.
10. Березнер В.В. Міжнародно-правові аспекти формування та реалізації національної антикорупційної стратегії. 2015. URL:<http://intl.w.onua.edu.ua>.
11. Березнер В.В. Корупція: проблеми теоретичного та законодавчого визначення. Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.). Одеса: Юридична література, 2015. Т. 2. С. 249-252.
12. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп: інституціональні та прикладні проблеми. Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування: матеріали Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 27 грудня 2016 р.). Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 139-147.
13. Березнер В.В. Провокація підкупу за кримінальним законодавством України: проблемні аспекти. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 361-365.
14. Березнер В.В. Провокація підкупу та контроль над його вчиненням крізь призму рішень Європейського суду з прав людини. Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 26 грудня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 356-359.
15. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 386 КК України. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 131-133.
16. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань. Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри: матеріали Міжнародної науково-практичної

конференції (м. Одеса, 24 травня 2019 р.). Одеса: Юридична література, 2019. С. 221-224.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Результати і висновки дослідження доповідалися на засіданнях кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», у виступах, статтях і наукових публікаціях автора. Положення дисертації доповідалися на науково-практичних конференціях у 2015-2019 р.р., зокрема: Міжнародній науково-практичній конференції «Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України» (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Міжнародне право розвитку: сучасні тенденції та перспективи (м. Одеса, 17 червня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Нормативні і прикладні основи вдосконалення інституту призначення покарання та інших заходів кримінально-правового впливу» (м. Одеса, 26-27 грудня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Кримінально-правова політика України у дискурсі рішень Європейського суду з прав людини» (м. Одеса, 22 квітня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування» (м. Одеса, 27 грудня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Концептуальні основи кримінальної законотворчості» (м. Одеса, 19-20 жовтня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації (м. Одеса, 26 жовтня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 травня 2019 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри» (м. Одеса, 24 травня 2019 р.).

«Затверджую»

Керівник **Херсонської** місцевої
прокуратури

К. В. Гуляков

» листопада 2019 р.



Акт

про апробацію і впровадження результатів дисертаційної роботи **«Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України»**

здобувача наукового ступеня кандидата юридичних наук
зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-
виконавче право

Березнер Вікторії Володимирівни

Цей акт засвідчує факт упровадження матеріалів дисертаційного дослідження Березнер Вікторії Володимирівни «Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України» у процес підготовки працівників Херсонської місцевої прокуратури упродовж 2019 р.

Дисертація «Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України» має практичне значення, оскільки надає працівникам прокуратури можливість засвоєння проблематики поняття та видів підкупу за кримінальним законодавством України, що сприяє професійному розвитку юристів-практиків, допомагає поглибити їх знання, що, в свою чергу, сприяє поліпшенню ефективності боротьби із злочинністю.

Матеріали дослідження Березнер Вікторії Володимирівни реалізуються при проведенні занять з підвищення кваліфікації працівників прокуратури.



**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХЕРСОНСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

вул. 40 років Жовтня, 27, м. Херсон, 73003. Тел.: +38(0552) 32-67-05, 32-67-31; факс 49-21-14; e-mail: office@ksu.kh.ua; http://www.ksu.edu.ua
МФО 820172 код за ЄДРПОУ 02125609 р/р 3522 7222 000120; 3521 2022 000120 банк Держказначейська служба України, м. Київ

25-11 2019 р. № 13-ЗД/1642
На № _____ від _____ 2019 р.

Акт

про апробацію і впровадження результатів дисертаційної роботи
«Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України»
здобувача наукового ступеня кандидата юридичних наук
зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право

Березнер Вікторії Володимирівни

Упродовж 2018-2019 н.р. на кафедрі галузевого права Херсонського державного університету здійснювалася апробація і впровадження результатів дисертації здобувача наукового ступеня кандидата юридичних наук Березнер Вікторії Володимирівни на тему «Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України».

Основні положення та висновки дисертації використовувалися під час читання курсів лекцій із навчальних дисциплін «Кримінальне право» для студентів РВО «бакалавр» спеціальності «Правознавство», «Актуальні проблеми кримінального права» для студентів РВО «магістр» спеціальності «Правознавство» та «Актуальні проблеми застосування кримінального права та процесу» для студентів РВО «магістр» спеціальності «Правоохоронна діяльність».

Упровадження результатів наукового пошуку дисертанта у процес підготовки майбутніх правознавців у Херсонському державному університеті допомогло студентам поглибити знання з проблеми кримінально-правової відповідальності за підкуп у кримінальному законодавстві України, що, в свою чергу, сприяло поліпшенню ефективності навчально-виховного процесу.

Зважаючи на зазначене вище, колектив кафедри галузевого права підготував висновки про доцільність упровадження результатів дослідження Березнер Вікторії Володимирівни «Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України» у практику освітнього процесу закладів вищої освіти (протокол від 19 листопада 2019 р. № 11).

Проректор з навчальної та науково-педагогічної роботи,
доктор економічних наук, професор

Сайнчин О.С.
(0552) 493024



Н. А. Тюхтенко

ЗАТВЕРДЖУЮ

Ректор Національного університету



«Одеська юридична академія»
проф. Загородній В.С.

Акт

**Про впровадження результатів дисертації
Березнер Вікторії Володимирівни
«Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України»
на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук зі
спеціальності 12.00.08 – кримінальне право та криминологія;
кримінально-виконавче право
у навчальний процес Національного університету
«Одеська юридична академія»**

Комісія у складі: голови – проректора з навчальної роботи, професора Г.О. Ульянової, членів комісії – декана факультету прокуратури та слідства (кримінальної юстиції), доцента С.В.Стародубова, завідувача кафедри кримінального права, професора Є.Л. Стрельцова, начальника навчально-методичного відділу Л.В. Кузнецової, склали цей акт про те, що дисертація здобувача кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія» Березнер В.В. «Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України», подана на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» та наукові статті, оприлюднені за результатами дисертаційного дослідження, впроваджені у навчальний процес Національного університету «Одеська юридична академія» при проведенні занять усіх видів з дисциплін: «Кримінальне право України. Загальна частина», «Кримінальне право України. Особлива частина», «Теорія

кваліфікації злочинів», «Кваліфікація корупційних злочинів», а також науково-дослідну роботу студентів університету.

До використання у навчальному процесі рекомендовано наступні публікації В.В. Березнер:

1. Березнер В.В. Поняття корупції та система корупційних злочинів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2014. Т. 2. С. 123-128.

2. Березнер В.В. Об'єкт підкупу працівника підприємства, установи чи організації. *Науковий вісник Ужгородського Національного університету*. Серія: Право. Вип. 35. Ч. 1. Т. 3. 2015. С. 47-54

3. Березнер В.В. Підкуп працівника підприємства, установи чи організації в системі злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: Юридичні науки. Вип. 1. Т. 3. 2015. С. 166-174.

4. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід кримінально-правового характеру в боротьбі з підкупом. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2 (8). С. 151-156.

5. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп працівника підприємства, установи чи організації: тенденції та суперечності. *Держава та регіони*. Серія: Право. 2016. № 4 (54). С. 74-83.

6. Березнер В.В. Спеціальна конфіскація як захід протидії корупційним злочинам: юридична природа та зміст. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. № 7. С. 176-184

7. Березнер В. Провокація підкупу у світлі практики Європейського суду з прав людини. *Jurnalul juridic national: teorie si practica*. 2016. № 2 (18). С. 103-107.

8. Березнер В.В. Підкуп як кримінально-правове поняття: проблеми визначення та класифікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2018. Вип. 36. Т. 2. С. 131-139.

9. Березнер В.В. Підкуп як спосіб спеціального підбурювання до торгівлі людьми. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 4. С. 190-196.

10. Березнер В.В. Міжнародно-правові аспекти формування та реалізації національної антикорупційної стратегії. 2015. URL:<http://intl.w.onua.edu.ua>.

11. Березнер В.В. Корупція: проблеми теоретичного та законодавчого визначення. Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 15-16 травня 2015 р.). Одеса: Юридична література, 2015. Т. 2. С. 249-252.

12. Березнер В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за підкуп: інституціональні та прикладні проблеми. Актуальні проблеми теорії кримінальної законотворчості та практики правозастосування: матеріали Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Одеса, 27 грудня 2016 р.). Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 139-147.

13. Березнер В.В. Провокація підкупу за кримінальним законодавством України: проблемні аспекти. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 361-365.

14. Березнер В.В. Провокація підкупу та контроль над його вчиненням крізь призму рішень Європейського суду з прав людини. Політико-правова доктрина державного суверенітету в умовах глобалізації: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 26 грудня 2018 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 356-359.

15. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 386 КК України. Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 17 травня 2019 р.). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 131-133.

16. Березнер В.В. Підкуп як спосіб вчинення протиправного впливу на результати офіційних спортивних змагань. Кримінальне правопорушення: національний та зарубіжний виміри: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 24 травня 2019 р.). Одеса: Юридична література, 2019. С. 221-224.

Голова комісії

проф. Ульянова Г.О.

Члени комісії

доц. Стародубов С.В.

проф. Стрельцов Є.Л.

Кузнєцова Л.В.