

Харченко В. Б.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінального права та кримінології
факультету № 6
Харківський національний університет внутрішніх справ
м. Харків, Україна*

**СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНІ ДІЯННЯ, ВЧИНЕННІ ШЛЯХОМ
ЗЛОВЖИВАННЯ СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ,
ЯК КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

Підрозділ монографії присвячений аналізу положень чинного закону про кримінальну відповідальність щодо визначення кола корупційних кримінальних правопорушень. Аналізуються визначення корупції та корупційних правопорушень у національному законодавстві нашої держави та відповідність таких положень міжнародно-правовим угодам щодо протидії вказаному явищу. Корупційні прояви розглядаються в якості підстав дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності, а також під кутом розмежування категорій «корупційне правопорушення» та «правопорушення, пов'язане з корупцією». Оцінюються кількісні показники грошових коштів або іншого майна, вартість переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав, та їх кримінально-правове значення. Обґрунтовується, що корупційне діяння може полягати не тільки у незаконному (без законних на те підстав) одержанні відповідних предметів належним суб'єктом кримінального правопорушення від інших осіб за їх волею або з їх дозволу, а й такі діяння, що полягають у незаконному заволодінні службовою особою будь-якими предметами, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем. Робиться висновок, що законодавче закріплення вичерпного кола діянь, що є корупційними кримінальними правопорушеннями у примітці до ст. 45 КК України не відповідає ані визначенню у Законі України «Про

запобігання корупції» корупційного правопорушення, ані сутності корупції як правової категорії, встановленої цим законом.

Вступ

Розбудова в Україні засад громадянського суспільства, становлення нашої країни як демократичної, соціально-правової держави, розвиток міжнародного співробітництва безпосередньо пов'язані з належним функціонуванням державного та приватного секторів. Відповідно до ст.19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Разом з тим, корумпованість українського суспільства, що пов'язана з різного роду службовими зловживаннями, на сьогодні просто величезна. Для попередження незворотних процесів в економіці держава повинна зробити боротьбу з проявами таких зловживань своїм пріоритетним завданням.

Визначаючи коло корупційних кримінальних правопорушень, закон України про кримінальну відповідальність обрав шлях визначення вичерпного кола суспільно небезпечних діянь, що відносяться до цієї групи. Примітка до ст.45 Кримінального кодексу України [18] (далі – КК України) зазначає, що корупційними кримінальними правопорушеннями вважаються кримінальні правопорушення, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 цього Кодексу.

Водночас, у ст.1 «Визначення термінів» Закону України «Про запобігання корупції» [30], термін «корупція» визначений як використання особою, зазначеною у ч.1 ст.3 цього Закону, 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, зазначеній у ч.1 ст.3 цього Закону, 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.

1. Корупція як соціально-правове явище й предмет запобігання та протидії

Виходячи із того, що саме законодавче визначення корупції має вирішальне значення для визначення кола корупційних (у тому числі й кримінальних) правопорушень, існує нагальна потреба аналізу змістовних змін цього терміну у антикорупційному законодавстві України впродовж реалізації державної політики протидії вказаному явищу, а саме визначення поняття «корупція» у Законах України «Про засади запобігання і протидії корупції» [31], «Про засади запобігання та протидії корупції» [32] та «Про боротьбу з корупцією» [28]. У цілому слід погодитися з позицією М. В. Киричка, що на сьогодні визначення терміну «корупція» зазнало певних змістовних змін порівняно із Законом України «Про боротьбу з корупцією» від 5 жовтня 1995 року і лише редакційних змін порівняно із Законами України «Про засади запобігання та протидії корупції» та «Про засади запобігання і протидії корупції» [9, с. 13].

У ст.1 Закону України «Про боротьбу з корупцією» під корупцією розумілась «діяльність осіб, уповноважених на виконання функцій держави, спрямована на протиправне використання наданих їм повноважень для одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг». В Законі України «Про засади запобігання і протидії корупції» визначення терміну «корупція» взаємопов'язано з поняттям корупційного правопорушення. Так, відповідно до ст.1 вказаного Закону, корупцією визнається «використання особою, зазначеною в ч. 1 ст.4 цього Закону, 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, зазначеній в ч.1 ст.4 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей». Тією самою статтею Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» корупційне правопорушення сформульовано як «умисне діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 4 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність». Майже тотожне визначення корупційного

правопорушення наведено і у ст. 1 чинного Закону України «Про запобігання корупції»: «корупційне правопорушення – діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність». Отже, зазначені окремо ознаки корупції системно входять до сукупності ознак, що утворюють юридичний склад будь-якого корупційного правопорушення, у тому числі й визнаного як кримінального.

Водночас, у текстах наведених Законів йдеться про визначення корупційного правопорушення як виду дисциплінарних, цивільно-правових, адміністративних та кримінальних правопорушень, що стосується різних галузей законодавства та окреслює коло ознак, за якими із всієї сукупності протиправних діянь, передбачених законодавством України, виокремлюється відповідна група, що становить протиправну корупційну поведінку. Юридичне значення такого законодавчого рішення полягає у тому, що за наявності ознак корупційного правопорушення та притягненням особи до певного виду юридичної відповідальності, вчинене діяння має певні правові наслідки, залежно від суспільної небезпечності корупційного правопорушення та може полягати у звільненні винного з посади, обмеження можливості у подальшому обіймати певну посаду, внесенні відомостей до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (Реєстр корупціонерів) [4], тощо.

Тобто саме рівень суспільної небезпеки (шкідливості) відповідного корупційного правопорушення і повинен бути критерієм систематизації корупційних правопорушень та їх віднесення, відповідно, до категорії дисциплінарних проступків, цивільно-правових, адміністративних або кримінальних правопорушень. Водночас, положення ст. 61 Конституції України, щодо неможливості притягнення двічі за одне й те саме правопорушення до юридичної відповідальності одного виду, не виключає можливості притягнення службової особи, яка вчинила корупційне кримінальне правопорушення, ще й до дисциплінарної або цивільно-правової відповідальності, адже такі типи відповідальності відносяться до різних видів юридичної відповідальності, що не виключають одна одну.

Разом з тим, на сьогодні ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», визначаючи термін «корупційні правопорушення», передбачає у разі його вчинення виключно кримінальну,

дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність [30]. Жодних згадувань про юридичні наслідки у виді адміністративної відповідальності ця норма не містить, на відміну від аналогічних положень попередніх антикорупційних законів. Так, і у тексті Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» [32], і у тексті Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» [31], визначення діяння саме як корупційного правопорушення залежало від правових наслідків його вчинення та зазначалось: «...за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність».

Безумовно, можна припустити, що у редакції Закону України «Про запобігання корупції» [30] про такий вид юридичної відповідальності просто забули або мала місце незадовільна законотворча та законодавча робота відповідних державних органів та представників влади, але ми вважаємо, що така «забудькуватість» має під собою конкретні підстави. У Третньому додатковому звіті спільного першого та другого раундів оцінювання про виконання рекомендацій Україною, затвердженому Group of States Against Corruption (далі – GRECO) [43] на 59-му пленарному засіданні, яке проходило 18–22 березня 2013 року, експертами GRECO наголошувалося на їх неоднозначному ставленні до існування у законодавстві України двох паралельних систем відповідальності за корупційні правопорушення (кримінально-правової та адміністративно-правової). Проаналізувавши зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення [10] (далі – КУпАП) щодо його доповнення главою 13-А «Адміністративні корупційні правопорушення», експерти GRECO висловили стурбованість з приводу своїх спостережень, що опитані ними юристи-практики та інші експерти не змогли чітко розмежувати ці дві системи відповідальності за корупційні прояви.

У зв'язку з цим, фахівці GRECO дійшли висновку, що існування в Україні таких паралельних систем юридичної відповідальності створює можливості для маніпуляцій та ухилення від відповідальності за корупцію. Тому GRECO рекомендувала «переглянути систему адміністративної відповідальності за корупційні правопорушення, щоб чітко встановити, що випадки корупції мають трактуватися як кримінальні правопорушення або, у крайньому випадку, чітко розмежувати вимоги до

застосування цих двох відмінних процедур» (п. 17 Звіту). Оскільки Третій раунд оцінювання був зосереджений на інкримінації корупційної поведінки, експерти GRECO утрималися від подальшого аналізу адміністративних корупційних порушень, які, на їх думку, не можна розглядати як належне застосування вимог Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією Ради Європи (п. 57 Звіту) [43].

Відповідно до цього, у Законі України «Про запобігання корупції» визначення «корупційні правопорушення» на сьогодні наголошує на тому, що за нього законом може бути встановлено виключно кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність, а до ст. 1 наведеного Закону було включено тлумачення нового терміну – «правопорушення, пов'язане з корупцією», за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність, та підкреслюється, що таке діяння, не містить ознак корупції, тобто не є корупцією. Вищенаведеним законом було змінено і назву Глави 13-А КУпАП на «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією» [30].

Отже, правовим наслідком вчинення порушення, пов'язаного з корупцією, також є кримінальна відповідальність. Слад наголосити на тому, що зазначені зміни є ще більш заплутаними та обумовлюють необхідність створення або систематизації у законі України про кримінальну відповідальність категорії «кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією», окреслення групи таких суспільно небезпечних діянь або відповідними ознаками, які їх характеризують, або безпосереднім визначенням кола таких кримінальних правопорушень, розмежування категорій «корупційне кримінальне правопорушення» та «кримінальне правопорушення, пов'язане з корупцією» тощо. Тобто, поставлена експертами GRECO мета чітко розмежувати існуючі в Україні дві системи відповідальності за корупційні прояви (кримінально-правової та адміністративно-правової) жодним чином не була досягнута, а відповідні зміни обумовили цілу низку нових проблем, наприклад, розмежування адміністративних і кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією.

Але наведене жодним чином не нівелює доміанти, що саме суспільна небезпечність (шкідливість) відповідної корупційної поведінки є критерієм відмежування корупційних кримінальних

правопорушень від інших корупційних проявів, а в окремих випадках – одного виду корупційного кримінального правопорушення від іншого, а також визначає співвідношення цих діянь, передбачених різними нормами закону про кримінальну відповідальність. Таким чином, вирішення питання про характер та ступінь суспільної небезпечності конкретних корупційних кримінальних правопорушень, врахування їх співвідношення між собою, впливає як на кримінально-правову кваліфікацію вчиненого службовою особою за конкретно кримінально-правовою нормою, так і на вид й розмір покарання, що може бути призначено винному. Наявність суспільної небезпеки діяння або особи, яка його вчинила, може слугувати підставою застосування й інших кримінально-правових наслідків, наприклад, звільнення особи від кримінальної відповідальності або звільнення від покарання та його відбування.

Суспільна небезпечність корупційних злочинів, на думку В. М. Киричка, визначається тим, що виконання відповідними службовими особами (зазначеними на сьогодні у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII) своїх повноважень, які повинні здійснюватись відповідно до закону, фактично ставиться у залежність від одержання неправомірної вигоди від інших осіб, чим заподіюється або може бути заподіяна істотна шкода фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі [9, с. 20].

Таке визначення обумовлено сутністю категорії «корупція» та її тлумачним визначенням. Корупція означає псувати, завдавати шкоди, руйнувати, викривляти, фальсифікувати, а у найуживанішому варіанті – використання особою повноважень, наданих їй державою, з метою власного збагачення або на користь третіх осіб [14, с. 7]). Юридичний словник Г. Блека визначає корупцію як «діяння, що вчиняється з метою надати деякі переваги, які несумісні з офіційними обов'язками посадової особи і правами інших осіб; діяння посадової особи, яка неправомірно використовує своє становище чи статус для одержання будь-якої переваги для себе або іншої особи у цілях, які суперечать обов'язкам і правам інших осіб» [20, с. 85]. Приблизно таке ж тлумачення цьому поняттю дає С. І. Ожегов, зазначаючи, що «Корупция – это моральное разложение должностных лиц и политиков, выражающееся в незаконном

обогащення, взяточництво, хищення і срастання с мафіозними структурами» [26, с. 437].

Е. Расюк зазначає, що у загальному вигляді корупцію визначають як соціальне явище, яке охоплює всю сукупність діянь, пов'язаних з неправомірним використанням особами наданої їм влади та посадових повноважень з метою задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб, а також інших правопорушень, які створюють умови для вчинення корупційних діянь або їх приховування [37, с. 108]. М. І. Мельник визначає корупцію як соціальне явище, що охоплює всю сукупність корупційних діянь, пов'язаних із неправомірним використанням особами, уповноваженими на виконання функцій держави, наданої їм влади, службових повноважень, відповідних можливостей з метою задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб, а також інших корупційних правопорушень, які створюють умови для вчинення корупційних діянь або є приховуванням їх чи потурання їм [21, с. 241]. Якщо під цим кутом зору проаналізувати вищенаведені визначення корупції та корупційного кримінального правопорушення, то можна констатувати, що поняттям «корупція» охоплюються різні за своїм характером та ступенем суспільної небезпечності види діянь. Але спільним для них усіх є те, що службова особа, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, використовує надану йому владу або своє службове становище всупереч інтересам служби, тобто зловживає ними.

Наведені у примітці до ст. 45 КК України корупційні кримінальні правопорушення умовно можна поділити на дві групи. До першої групи слід віднести найбільш характерні для практики корупційні діяння, які характеризуються таким безпосереднім об'єктом посягань як суспільні відносини, що забезпечують нормальну службову діяльність, яка здійснюється в окремих ланках апарату управління органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, юридичних осіб публічного і приватного права, а також відносини, що забезпечують нормальну професійну діяльність осіб, які при її здійсненні наділяються правомочностями з надання публічних послуг. Такі діяння у примітці до ст. 45 КК України зазначені посиланням на суспільно небезпечну поведінку, передбачену статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368-369-2 КК України, без

будь-якого наголосу на їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, адже такий спосіб є обов'язковою юридичною ознакою вказаних складів кримінальних правопорушень.

Переважає більшість із наведених кримінальних правопорушень передбачена Розділом XVII Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Водночас, склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 210 КК України «Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням» є суспільно небезпечним діянням у сфері господарської діяльності (Розділ VII Особливої частини КК України), а кримінальне правопорушення, передбачене ст. 354 КК України «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації» – посягає на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та професійну діяльність журналістів (Розділ XV Особливої частини КК України).

При встановленні суспільної небезпечності цих діянь, В. М. Киричко вказує на існування прямої залежності ступеня суспільної небезпечності корупційного злочину від розміру неправомірної вигоди. Він наголошує, що «...особливо це стосується одержання хабара за відсутності ознак його вимагання» [9, с. 20]. Водночас, автор визнає, що «пряма залежність розміру ступеня суспільної небезпечності корупційного діяння від розміру неправомірної вигоди потребує спеціального обґрунтування, зокрема, з посиленням на те, що від розміру незаконного збагачення службових осіб у таких випадках певним чином залежить розмір шкоди, яка заподіюється або може бути заподіяна авторитету відповідних службових осіб чи органів» [9, с. 21].

З наведеним навряд чи можна погодитися виходячи із змісту ст. 19 Конституції України, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [12]. Аналіз положень статей 354, 364, 364-1, 365-2, 368-369-2 КК України, так само як і аналіз адміністративних правопорушень,

передбачених Розділом 13-А КУпАП [10], свідчить, що розмір незаконного збагачення службових осіб та розмір неправомірної вигоди жодним чином не слугують критеріями відмежування корупційних кримінальних правопорушень та адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією. З одного боку, навіть мета одержати неправомірної вигоди у будь-якому розмірі є обов'язковою ознакою, що характеризує психічну діяльність винного у випадку прийняття пропозиції, обіцянки або прохання надати неправомірну вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення будь-яких дій з використанням становища, яке займає працівник на підприємстві, в установі чи організації, або у зв'язку з діяльністю особи на користь підприємства, установи чи організації, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи (ч. 3 ст. 354 КК України). Обов'язкова мета одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи прямо зазначена у законі про кримінальну відповідальність і як ознака суб'єктивної сторони кримінальних правопорушень, передбачених статтями 364 та 364-1 КК України. А у складах кримінальних правопорушень, передбачених статтями 365-2, 368-369-2 КК України, у разі їх вчинення шляхом прийняття пропозиції чи обіцянки одержати неправомірну вигоду, розмір такої вигоди також знаходиться за межами складу кримінального правопорушення.

Наведене безумовно стосується виключно мінімальної межі розміру неправомірної вигоди, адже значний, великий та особливо великий розмір такої вигоди використовується законодавцем як один з критеріїв диференціації підстав кримінальної відповідальності та слугує засадою класифікації прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди як простого, кваліфікованого або особливо кваліфікованого складу цього кримінального правопорушення.

Можна було б припустити, що кількісні показники грошових коштів або іншого майна, вартість переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав, пов'язаний певним чином з категорією «подарунок», порушення встановлених законом обмежень щодо одержання якого утворює склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-5

КУпАП «Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків». Але ст.1 Закону України «Про запобігання корупції» поряд із значенням «неправомірна вигода» також містить і визначення окремого поняття «подарунок», тобто грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової. Не зважаючи на схожість змісту наведених понять, таке відокремлене визначення наведених термінів дозволяє констатувати, що зазначені категорії є предметом різних норм-заборон, передбачених різними нормативно-правовими актами (КУпАП та КК України) і обумовлюють встановлення різних підстав юридичної відповідальності (адміністративної та кримінальної).

Не містять жодного розмежування між нормами адміністративного та кримінального права за розміром неправомірної вигоди й інші норми КУпАП. Так, статті 172-4 «Порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності», 172-6 «Порушення вимог фінансового контролю», 172-7 «Порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів», 172-8 «Незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень», 172-9 «Невжиття заходів щодо протидії корупції», 172-9-1. «Порушення заборони розміщення ставок на спорт, пов'язаних з маніпулюванням офіційним спортивним змаганням» КУпАП різняться від корупційних суспільно небезпечних діянь цієї групи як за об'єктивними, так і за суб'єктивними ознаками складів відповідних правопорушень.

Відповідно примітки до ст.45 КК України, другу групу корупційних кримінальних правопорушень складають суспільно небезпечні діяння, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК України, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем. Враховуючи, що вчинення вищенаведених кримінальних правопорушень не обумовлено прийняттям пропозиції, обіцянки або одержанням службовою особою неправомірної вигоди, проханням надати таку вигоду для себе чи третьої особи за вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища, постає питання про обґрунтованість віднесення наведених

суспільно небезпечних посягань до групи корупційних кримінальних правопорушень.

Надаючи поняття корупційного злочину, В. М. Киричко цілком вірно наголошує на тому, що вони повинні поєднувати дві складові. По-перше, корупційним злочином може визнаватися лише таке прямо передбачене КК України суспільна небезпечне діяння, що містить ознаки конкретного складу злочину. По-друге, таке діяння повинно мати всі ознаки корупції, наведені у тексті відповідного Закону [9, с. 26] (на сьогодні, ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»). Водночас, з моменту проведення В. М. Киричком свого наукового дослідження, до закону України про кримінальну відповідальність були внесені зміни, що обумовлюють необхідність виокремлення ще однієї ознаки корупційного кримінального правопорушення – таке діяння повинно бути прямо передбачено у примітці до ст. 45 КК України. При цьому, наявність на сьогодні двох ознак корупційного кримінального правопорушення, пов'язаних з ознаками конкретного складу злочину та визначенням кола корупційних кримінальних правопорушень приміткою до ст. 45 КК України, жодних сумнівів не викликає і, на нашу думку, будь-яких пояснень не потребує. Норми, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК України є суспільно небезпечними діяннями, які містять склад кримінального правопорушення, і у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем є корупційними кримінальними правопорушеннями, як на цьому наголошується у примітці до ст. 45 КК України.

Як вже наголошувалося закон про кримінальну відповідальність, з одного боку, не пов'язує корупційні кримінальні правопорушення виключно з таким предметом як неправомірна вигода або з спеціальною метою – одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. З іншого боку, коло корупційних кримінальних правопорушень не ототожнюється з групою кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Саме тому, для з'ясування сутності корупційного кримінального правопорушення (правопорушення, що містить ознаки корупції, вчинене відповідною особою, за яке законом встановлено

кримінальну відповідальність), необхідно звернутися до визначень термінів у Законі України «Про запобігання корупції».

У ст. 1 «Визначення термінів» вищенаведеного Закону надано поняття корупційного правопорушення як діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність [30]. Аналіз визначення цього терміну дозволяє виокремити юридично значущі ознаки такого діяння через призму тематики цього дослідження. Отже, діяння визнається корупційним правопорушенням, якщо воно: 1) є діянням (дією або бездіяльністю); 2) таке діяння вчиняється умисно; 3) воно містить ознаки корупції; 4) вчиняється належним суб'єктом – особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону; 5) таке діяння є підставою юридичної (у тому числі й кримінальної) відповідальності.

Деталізуючи наведені ознаки, слід наголосити на тому, що кримінальне правопорушення може бути вчинено як активною, так і пасивною поведінкою відповідної особи. При цьому характер (вид) суспільно небезпечної поведінки (кримінально протиправної дії або бездіяльності) залежить виключно від характеру діяння, що утворює відповідний склад кримінального правопорушення. Беззаперечно, і про це свідчить судова практика, що діяння, пов'язане з корупцією у переважній більшості випадків вчиняється шляхом активної поведінки. Водночас, особливості законодавчої конструкції диспозицій окремих складів корупційних кримінальних правопорушень обумовлюють можливість їх вчинення і шляхом кримінально протиправної бездіяльності, тобто невиконання або неналежного виконання покладених на особу службових обов'язків або професійних обов'язків, пов'язаних з наданням публічних послуг, чи з використанням становища, яке займає така особа. Зазначене повною мірою стосується і незаконного заволодіння предметами шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем.

Не зважаючи, що ані у визначенні корупційного правопорушення за чинним національним законодавством України, ані у визначенні такого діяння міжнародно-правовими актами, прямо не вказується на форму вини з якою може бути вчинений корупційний прояв, нам здається очевидним та таким, що не потребує доказування, висновок про можливість його

вчинення виключно з умисною формою вини. На зазначену обставину вказує як визначення корупційного діяння Законом України «Про засади запобігання корупції», так і коло суспільно небезпечних посягань, які приміткою до ст.45 КК України віднесено до групи корупційних кримінальних правопорушень.

Аналізуючи наступну ознаку корупційного правопорушення, яка пов'язана з наявністю ознак корупції у вчинюваному діянні, М. І. Хавронюк наголошує на змісті такого діяння – «використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей» – та меті його вчинення – «одержання неправомірної вигоди» [3, с.780]. Наведені підходи нерозривно пов'язані саме із визначенням корупції як використання відповідною 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 (ст.1 Закону України «Про запобігання корупції»). Таку саме позицію займає й Конституційний Суд України, який у своєму Рішенні від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 наголосив, що термін «корупція» означає «використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб» [38].

Конституційний Суд України також наголосив, що оскільки за ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, Конституційний Суд України звертає увагу на те, що у ратифікованих Україною Цивільній конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року [49], Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року [15], Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року [11] (далі – Конвенція ООН) корупційна діяльність безпосередньо пов'язується з корисливими діями (бездіяльністю) посадової особи при виконанні покладених на неї службових обов'язків. Зазначене може прирівнюватися до давання чи отримання хабара, зловживання службовим становищем чи впливом, сприяння відмиванню отриманих від корупційних злочинів доходів, їх приховування, розкрадання чи нецільового використання майна, перешкоджання здійсненню правосуддя, а також незаконного збагачення як значного збільшення доходів,

яке перевищує законні доходи особи і яке вона не може раціонально обґрунтувати, тощо [38].

Але, виходячи з вищенаведеного, метою корупційного кримінального правопорушення як різновиду корупційного діяння може виступати не тільки отримання неправомірної вигоди, а й будь-які грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Тобто корупційне діяння може полягати не тільки у незаконному (без законних на те підстав) одержанні відповідних предметів належним суб'єктом кримінального правопорушення від інших осіб за їх волею або з їх дозволу, а й такі діяння, що полягають у незаконному заволодінні службовою особою будь-якими предметами, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем. Обґрунтованість та доцільність саме таких підходів на сьогодні знайшло своє законодавче закріплення віднесенням у примітці до ст. 45 КК України до кола корупційних кримінальних правопорушень і цілої низки діянь, які вчиняються з корисливим мотивом та/або пов'язані з незаконним заволодінням предметами, які обмежені у цивільному обороті чи вилучених з такого обороту (ч. 2 ст. 191, ч. 2 ст. 262, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 312, ч. 2 ст. 313, ст. 357, ч. 2 ст. 410 КК України).

Щодо кримінального правопорушення, передбаченого ст. 320 КК України, взагалі незрозумілою є позиція законодавця щодо його віднесення до групи корупційних, адже у випадку порушення службовою особою встановлених правил посіву або вирощування снотворного маку чи конопель, а також порушення правил виробництва, виготовлення, зберігання, обліку, відпуску, розподілу, торгівлі, перевезення, пересилання чи використання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, призначених для виробництва чи виготовлення цих засобів чи речовин, вчиненого службовою особою шляхом зловживання службовим становищем, будь-яких коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, якої-небудь вигоди нематеріального чи негрошового характеру така особа не одержує. Така мета або наслідки не характеризують наведений склад кримінального правопорушення, а у разі їх наявності, на кваліфікацію діяння за ч. 1 ст. 320 КК України жодним чином не впливають.

Можливо законодавець мав на увазі заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами, їх аналогами або прекурсорами шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, передбачене ч. 2 ст. 320 КК України, як ознаку корупційного діяння, але таке заволодіння вказаними предметами є не способом вчинення кваліфікованого порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, а виступає кваліфікованим наслідком цього кримінального правопорушення – «...якщо вони спричинили нестачу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів у великих розмірах, або призвели до ... заволодіння ними шляхом ... зловживання службовою особою своїм службовим становищем».

Враховуючи кількісні та якісні показники законотворчої діяльності Верховної Ради України останніх років, припущень щодо підстав віднесення до групи корупційних кримінальних правопорушень діяння, передбаченого ст. 320 КК України, може бути безліч і всі вони знаходяться поза межами правового поля та науки кримінального права України. Тому ми вважаємо за неможливе розглядувати у межах цього наукового дослідження наведений склад саме як корупційне кримінальне правопорушення, у разі його вчинення шляхом зловживання службовим становищем, одночасно сприймаючи позицію законодавця як таку, що жодним чином не залежить ані від доктрини кримінального права України, ані від нашої позиції, ані від здорового глузду.

У тій самій площині знаходиться й позиція законодавця щодо відсутності у примітці до ст. 45 КК України вказівки на склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 189 КК України, у випадку, коли вимагання вчинене службовою особою з використанням свого службового становища. Очевидно, що вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру, поєднане з відповідною погрозою, є корисливим посяганням і має на меті одержання будь-якої майнової вигоди на користь винного або третіх осіб. Безумовно, враховуючи законодавчу конструкцію цього складу кримінального правопорушення як суспільно небезпечного посягання з так званім формальним складом, а також момент його закінчення, можна стверджувати, що воно вчиняється тільки з метою одержання чужого майна, права на майно або вчинення

дій майнового характеру. Водночас, наведене за жодних умов не може бути визнано обставиною, що виключає корупційну складову у разі вчинення вимагання службовою особою з використанням свого службового становища, адже всі без виключення ознаки корупційного кримінального правопорушення є наявними. Як і у випадку прийняття пропозиції або обіцянки неправомірної вигоди, а так само прохання надати таку вигоду для себе чи третьої особи (ч. 1 ст. 368 КК України) або зловживання владою чи службовим становищем (ч. 1 ст. 364 КК України), одержання службовою особою будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, є спеціальною метою поведінки винного і не виключає підстави кримінальної відповідальності незалежно від того, чи вдалося винному одержати неправомірну вигоду, чуже майно, право на майно або вчинення у його інтересах чи інтересах іншої фізичної або юридичної особи дій майнового характеру.

Разом з тим, у законодавчому визначенні кола корупційних злочинів наведені виключно суспільно небезпечні діяння, мета вчинення яких передбачає незаконне отримання чужого майна або інших предметів як обов'язкову ознаку суб'єктивної сторони того чи іншого складу кримінального правопорушення, що прямо зазначена у тексті закону або безпосередньо впливає із характеру діяння (наприклад, ч. 2 ст. 191 КК України). Разом з тим, ціла низка складів кримінальних правопорушень, що передбачає їх вчинення службовою особою з використанням свого службового становища як обов'язкову або кваліфікуючу (особливо кваліфікуючу) ознаку відповідного складу кримінального правопорушення, характеризується множинністю мотивів та цілей їх вчинення. Як правило, при характеристиці суб'єктивної сторони таких кримінальних правопорушень у спеціальній літературі наголошується, що мотив та мета вчинення цих посягань можуть бути будь-якими і на їх кваліфікацію не впливають. Але зазначена характеристика спрямованості психічної діяльності винного водночас не виключає вчинення відповідного посягання і з метою одержання відповідним суб'єктом без законних на те підстав грошових коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального чи негрошового характеру, тобто з метою отримання неправомірної вигоди.

Тому слід цілковито погодитися з позицією М. І. Хавронюка, що до корупції і, відповідно, до кола корупційних кримінальних правопорушень, необхідно віднести й передбачені іншими статтями КК суспільно небезпечні діяння, якщо ці кримінальні правопорушення вчинені службовою особою з використанням службових повноважень та відповідних можливостей та з метою одержання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. Зокрема, наголошує автор, це можуть бути кримінальні правопорушення, передбачені статтями 191, 262, 308, 312 313, 357 (заволодіння різними видами чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем), а також діяння, передбачені статтями 157, 158, 158-2, 159, 160, 171, 172, 210, 211, 219, 222-1, 223-2, 232, 232-1, 238, 253, 271, 319, 330, 365, 366, 371, 372, 375, 376-1, 426 КК України та ін., якщо їх вчинено з корисливою метою чи з корисливих мотивів або з інших особистих інтересах чи інтересах третіх осіб, за умови, що ці інтереси полягають у протекціонізмі стосовно близької особи або бажанні отримати взаємну послугу, заручитися підтримкою у вирішенні якогось-небудь питання тощо, тобто охоплюються поняттям «неправомірна вигода» [3, с. 781–782].

На нашу думку, і це визнає автор, зазначаючи наприкінці наведеного переліку «та ін.», вищевказаний список не є вичерпним і може бути доповнений ще цілою низкою норм Особливої частини КК України. Наприклад, незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, камкординг, кардшейрінг або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, а також фінансування таких дій, якщо це завдало матеріальної шкоди відповідного розміру, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 3 ст. 176 КК України) також на наше переконання утворює корупційне кримінальне правопорушення. Корисливий мотив або мета одержання такою службовою особою при вчиненні наведеного кримінального правопорушення без законних на те підстав грошових коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального

чи негрошового характеру знаходяться за межами складу відповідного суспільно небезпечного діяння, не впливає на його кваліфікацію, а у разі їх наявності – додаткової кваліфікації за іншими нормами закону про кримінальну відповідальність не потребує. Крім того, для кримінально-правової кваліфікації за ст. 176 КК України немає жодного значення, чи була спричинена потерпілому шкода у значному, великому або в особливо великому розмірі внаслідок отримання службовою особою без законних на те підстав відповідних переваг або нематеріальних активів, чи така шкода є прямими збитками потерпілого внаслідок порушення його авторського права чи прав на інші результати його творчої діяльності з боку службової особи [47, с. 231].

Таким саме чином можуть бути охарактеризовані й діяння, що передбачені Розділом XVII Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг», але на сьогодні не внесені до переліку корупційних кримінальних правопорушень, передбаченого приміткою до ст. 45 КК України. Наприклад, службове підроблення (ст. 366 КК України) визнається закінченим кримінальним правопорушенням з моменту складання або видачі службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей чи іншого підроблення офіційних документів. Водночас, така обставина не виключає вчинення цього діяння (службового підроблення) і з метою одержання службовою особою грошових коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального чи негрошового характеру без законних на те підстав. Вочевидь, за умови наявності такого мотиву службового підроблення, вчинене є корупцією, у розумінні цього поняття ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», та обумовлює віднесення такого конкретного службового підроблення до групи корупційних кримінальних правопорушень.

Перелік складів кримінальних правопорушень, що можуть бути визнані як корупційні є далеко не повним і може бути суттєво розширеним за рахунок суспільно небезпечних посягань, суб'єктом яких може бути як фізична, осудна особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність (загальний суб'єкт), так і службова

особа (спеціальний суб'єкт). Наприклад, цілком не виключена можливість вчинення службовою особою з використанням свого службового становища й умисного вбивства з метою одержання без законних на те підстав переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-якої іншої вигоди нематеріального чи негрошового характеру. Якщо такі дії характеризуються використанням службовою особою свого службового становища, умисною формою вини щодо смерті та спеціальним мотивом або спеціальною метою – вони охоплюються поняттям «корупція» і утворюють корупційне кримінальне правопорушення.

Чинний КК України натепер не передбачає ознак службової особи як спеціального суб'єкта так званих «загальнокримінальних» кримінальних правопорушень, але аналіз кримінального законодавства країн Європейського співтовариства свідчить і про наявність такої практики. Так, ст. 377 Глави V «Про посягання на статеву недоторканість і про зґвалтування» Розділу VII. «Про злочини та проступки проти сімейних відносин і проти суспільної моралі» Кримінального кодексу Бельгії встановлює підстави кримінальної відповідальності службової особи у випадку вчинення нею посягання на статеву недоторканність (ст. 373 КК Бельгії), зґвалтування (ст. 375 КК Бельгії) або зґвалтування чи посягання на статеву недоторканність, які привели до смерті особи (ст. 376 КК Бельгії), якщо винний зловживає своєю владою або повноваженнями [45, с. 372].

Якщо припустити, що корупційне правопорушення вчиняється належною особою, тобто особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», та є підставою кримінальної відповідальності (містить склад кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України – ч. 1 ст. 2 КК України), то вочевидь стає зрозумілим, що законодавче закріплення вичерпного кола діянь, що є корупційними кримінальними правопорушеннями (як це передбачено приміткою до ст. 45 КК України), не відповідає ані визначенню у Законі України «Про запобігання корупції» корупційного правопорушення, ані сутності корупції як правової категорії, встановленої цим законом [1, с. 181].

На підставі наведеного вважаємо за виправдане та доцільне визначити в законі про кримінальну відповідальність поняття «корупційний злочин» не шляхом закріплення вичерпного кола діянь, які є корупційними злочинами (як це на сьогодні

передбачено приміткою до ст. 45 КК України), а шляхом вказівки у тексті закону про кримінальну відповідальність на ознаки такого діяння, а саме його вчинення відповідною особою (особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»), способу вчинення такого діяння (використання службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей) та мети такої злочинної поведінки (одержання без законних на те підстав будь-якої вигоди матеріального або нематеріального характеру).

Якщо ж певні діяння, передбачені Особливою частиною КК України, не відповідають наведеним ознакам корупційного правопорушення, їх вчинення є виключно підставою призначення винному покарання, передбаченого санкцією відповідних статей, застосування інститутів Загальної частини кримінального закону та інших положень КК щодо правових наслідків вчинення кримінального правопорушення, і не є підставою застосування спеціальних правових наслідків корупційного правопорушення. Зокрема, відомості про таких осіб не підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (Реєстру корупціонерів); ці особи на підлягають обов'язковому звільненню зі службу (посади), тощо [3, с. 783].

2. Службове зловживання як системоутворююча ознака корупції

Водночас, характеризуючи корупційні кримінальні правопорушення, слід повністю погодитися, що одне з діянь, яке його утворює завжди виступає як спосіб або умова вчинення іншого [7, с. 25; 2, с. 16]. В той час як у складах кримінальних правопорушень, передбачених статтями 364 і 364-1 КК України, службове зловживання характеризує зміст суспільно небезпечного діяння, в інших корупційних кримінальних правопорушеннях службове зловживання є системоутворюючою умовою встановлення підстав кримінальної відповідальності.

Зміна пріоритетів у відносинах держави та особи, переорієнтація ставлення до особи як до вищої соціальної цінності й потреба в перетворенні України на «державу для людини» викликали необхідність розглядати органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб, з одного боку, як таких, що перебувають на службі у суспільства, а

з іншого – як гарантів забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань [50, с. 176]. У цьому контексті актуалізується питання теоретичного обґрунтування та правового врегулювання підстав кримінальної відповідальності за різного роду службові зловживання, у тому числі й визнані корупційними кримінальними правопорушеннями у примітці до ст. 45 КК України.

У спеціальній літературі службові зловживання розглядаються, як правило, залежно від сутності суспільно небезпечного діяння, а саме: 1) зловживання владою; 2) зловживання становищем; 3) зловживання повноваженнями [17, с. 262–263; 8, с. 77–78]. В. Г. Хашев класифікує службові зловживання залежно від способу їх вчинення: 1) вчинене способом використання службовою особою наданої влади; 2) вчинене способом використання службовою особою свого службового становища [48, с. 41].

Саме така класифікація, на нашу думку, є більш прийнятною, адже термін «повноваження» має тлумачення як право, надане кому-небудь для здійснення чогось; права, надані особі або підприємству органами влади [51, с. 387], тобто під зловживанням повноваженнями буквально слід розуміти зловживання правом. Водночас, сутність будь-якого службового зловживання полягає у тому, що службова особа навпаки порушує надані їй права або недотримується (не виконує) покладені на неї обов'язки, тобто ознака формальної правомірності (відсутність порушення конкретних юридичних заборон) у службовому зловживанні відсутня. Таку поведінку за будь-яких умов не можна визнати зловживанням повноваженнями.

Разом з тим, термін «становище» визначається як ті чи інші обставини, умови, в яких хто-, що-небудь перебуває; умови існування кого-небудь; сукупність обставин, які створюють ту чи іншу ситуацію; посада; посідати провідне становище [51, с. 401]. Саме у такому значенні закон про кримінальну відповідальність і розглядає службові зловживання, адже службовою особою вчиняється відповідне суспільно небезпечне діяння в обстановці, що обумовлена виконанням такою особою покладених на неї обов'язків та реалізацією наданих їй прав, але з порушенням (недотриманням, перевищенням) конкретних юридичних

приписів. На зловживання саме «службовим становищем» наголошується як у примітці до ст. 45 КК України, так і у диспозиціях ч. 2 ст. 191, ч. 2 ст. 262, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 312, ч. 2 ст. 313, ст. 357 та ч. 2 ст. 410 КК України.

На можливість вчинення корупційного правопорушення, за яке законом встановлено кримінальну відповідальність, виключно шляхом зловживання службовим становищем, наголошується і в основних міжнародно-правових актах щодо протидії корупції. Так, ст. 19 Конвенції ООН «Зловживання службовим становищем», визначає, що кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем, тобто здійснення будь-якої дії чи утримання від здійснення дій, 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 [11].

Зловживання службовим становищем – це будь-яке умисне використання службовою особою всупереч інтересів служби своїх прав і можливостей, що були їй надані для виконання своїх службових обов'язків. У спеціальній літературі зазначається, що таке використання припускає реалізацію тих прав і повноважень, якими службова особа наділена, займаючи відповідну посаду або здійснюючи певну службову діяльність і завжди пов'язане з соціально-правовим статусом службової особи (сукупністю його прав та обов'язків, що утворюють службову компетенцію винного) та його соціальним значенням (службовий авторитет особи, престиж органу, який особа представляє і у якому вона здійснює свою службову діяльність, наявність пов'язаних із службовими повноваженнями можливостей, що обумовлені займаною посадою, можливість здійснення впливу на поведінку інших осіб) [22, с. 15].

Водночас, достатньо дискусійним є питання, чи охоплює зловживання службовою особою своїм службовим становищем використання службовою особою авторитету посади, що займає службова особа, або авторитету органу, який представляє така особа [42, с. 74; 44, с. 97; 52, с. 188]. Від відповіді на наведене питання залежить не тільки визначення обсягу, змісту та сутності поняття «зловживання службовою особою своїм

службовим становищем» у теорії кримінального права, а й визначення межі застосування категорії «корупційні кримінальні правопорушення». Безумовно, будь-яке службове зловживання передбачає використання винним тих повноважень, якими відповідна особа наділена за службою, тобто дій, що входять до службової компетенції винного. На цьому наголошується і у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України, який у п. 5 постанови від 26 грудня 2003 року № 15 зазначає, що судам необхідно відмежовувати перевищення влади або службових повноважень від зловживання владою або службовим становищем: «В останньому випадку службова особа незаконно, всупереч інтересам служби використовує надані їй законом права і повноваження (ст. 364 КК)» [36].

Водночас, одні науковці стверджують, що реалізація такої компетенції не виключає можливості вчинення службовою особою відповідної протиправної поведінки, що обумовлена статусом винного, посадою, яку він обіймає, авторитетом органу, який він представляє, і таким чином вплинути на поведінку як підлеглих йому осіб, так і осіб, які працюють в інших підприємствах, установах чи організаціях [39, с. 60; 6, с. 62–64; 40, с. 46–49]. Але такі підходи свідчать про розширене тлумачення поняття «використання службового становища». Безумовно, слід погодитися з позицією О. Я. Светлова, що використання авторитету відповідного органу або посади, що й обумовлює можливість вчинення такою службовою особою певної протиправної поведінки або можливість впливу на інших осіб з метою схилити їх до такої поведінки, повинні віднайти своє відображення у кримінально-правовій кваліфікації вчиненого [41, с. 46].

В. Г. Хашев наголошує, що службова особа при зловживанні у будь-якій формі прагне скористатися своїм службовим становищем, що передбачає як наявність передбачених законами й іншими нормативними актами повноважень (обов'язків і прав), так і наявність фактичних можливостей, що надає йому сам авторитет посади (її загальноновизнана вага, важливість, вплив) [48, с. 36]. Також необхідно погодитися з висновком автора, що найбільш явно випадки використання можливостей та авторитету своєї посади можуть проявлятися у вищих державних органах, де корумповані чиновники впливають на рішення службових осіб нижчих рангів, хоча і безпосередньо ним не підлеглих, завдяки авторитету своєї посади [48, с. 36–37].

Разом з тим, навряд чи можна погодитися з позицією наведених авторів щодо можливості віднесення до підстав кримінальної відповідальності службової особи за службове зловживання використання нею будь-яких фактичних можливостей, що надає винному відповідна посада, адже за таких умов службова особа, вчиняючи відповідну суспільно небезпечну поведінку, використовує не надані йому повноваження за службою або тією посадою, що він займає (на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України – ст. 19 Конституції України), а зловживає довірливим ставленням оточуючих до нього через таку посаду або авторитет органу державної влади, органу місцевого самоврядування, відповідного підприємства, установи чи організації.

Серед іншого, зловживаючи довірою до себе як представника відповідного органу або особи, яка займає відповідну посаду, службова особа має можливість у тому числі заволодіти чужим майном або іншими предметами, якої вона би була позбавлення без такого ставлення до себе. Водночас, на нашу думку, способом заволодіння такими предметами є не використання службовою особою наданих йому відповідним нормативно-правовим актом повноважень (прав та обов'язків), що й обумовлюють відповідне службове становище винного, а зловживання довірою до себе через займану посаду або авторитет відповідного органу.

Як відомо, зловживання довірою є окремим самостійним способом вчинення суспільно небезпечних посягань, що характеризує цілу низку кримінальних правопорушень, передбачених як загальною нормою про відповідальність за шахрайство (ст. 190 КК України), так і спеціальними нормами, передбаченими у статтях 222, 262, 289, 308, 312, 313, 357 та 410 КК України [5, с. 6]. При цьому, зловживання довірою, як вид обману, може полягати у використанні винним довірливих відносин з іншою особою, які можуть бути засновані як на родинних чи сусідських відносинах, знайомстві, цивільно-правових відносинах, так і обумовлені службовими відносинами (посадою, підпорядкуванням, авторитетом тощо) [16, с. 193]. Наявність такого способу заволодіння чужим майном або іншими предметами жодним чином не виключає підстав кримінальної відповідальності за відповідне суспільно небезпечне діяння. Водночас, диспозиції статей 262, 308, 312, 313, 357 та 410 КК

України передбачають заволодіння відповідними предметами шляхом зловживання службовим становищем та шляхом шахрайства (обману або зловживання довірою) як альтернативні способи, що характеризують вказані кримінальні правопорушення.

У випадку ж, коли авторитет особи, що обумовлений посадою, яку він займає, або органу, в якому він обіймає відповідну посаду, використовується винним з метою схилення інших осіб до вчинення протиправної суспільно небезпечної поведінки, зазначене повною мірою узгоджується з положеннями ч. 4 ст. 27 КК України. Адже способи підбурювання до вчинення кримінального правопорушення можуть бути якими-небудь: умовляння, підкуп, погроза, примус або іншим чином, тобто перелік способів підбурювання не є вичерпних і охоплює будь-який вплив на іншого співучасника з метою схилити його до вчинення кримінального правопорушення [25, с. 128].

Тому, ми цілковито підтримуємо позицію В. Ф. Кириченка, який пропонує кваліфікувати випадки використання службовими особами авторитету своєї посади для вчинення кримінально протиправних діянь не у тих підприємствах, установах чи організаціях, де вони працюють, як підбурювання до вчинення того чи іншого службового кримінального правопорушення службовою особою, за допомогою якої він мав вчинитись або його вже було вчинено [8, с. 62–63]. Також ми поділяємо підходи вчених-криміналістів, які під використанням службового становища розуміють тільки такі діяння службової особи, які вчиняються у межах її службової компетенції, у рамках обов'язків та прав, якими вона наділена в процесі своєї службової діяльності та при виконанні службових обов'язків [27, с. 150; 8, с. 62–63]. На нашу думку, не можуть визнаватись службовим зловживанням дії службової особи, які нею були вчинені з використанням лише свого службового авторитету, а не прав і повноважень, наданих за службою.

Так, М. Й. Коржанський, цілком слушно наголошує: «Незрозуміло про які можливості йдеться. Поєднані ці можливості з використанням службовою особою наданих їй повноважень чи ні. Тому що закон не називає використання можливостей злочином. І якщо особа, вчиняючи певні дії, не використовує наданих їй повноважень, то вона не є службовою

особою, бо чим ще іншим відрізняється службова особа від приватної» [13, с. 279].

Наведене твердження набуває своєї актуальності у зв'язку із визначенням терміну «корупція» у Закону України «Про запобігання корупції» [30]. Звертає на себе увагу, що при визначенні цього терміну законодавець зазначає на використання службовою особою не тільки наданих їй службових повноважень, а й «пов'язаних з ними можливостей» як діянь, що є альтернативними одне одному, використовуючи розділовий сполучник «чи». Із вказаною законодавчою конструкцією навряд чи можна погодитися, адже таке широке тлумачення даної ознаки на практиці призведе до необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення службових осіб, які вчиняли діяння не пов'язані з виконанням службових обов'язків і у діях яких склад службового зловживання може бути взагалі відсутнім, або наявний склад іншого кримінального правопорушення. Тому цілком обґрунтованим вважаємо позицію ПВС України, який в п.2 постанови від 26 грудня 2003 року № 15 наголошує, що при розгляді справ про перевищення влади або службових повноважень суди повинні, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створювати необхідні умови для виконання сторонами їхніх процесуальних обов'язків та здійснення наданих їм прав, зокрема щодо з'ясування всіх фактичних обставин справи; службового становища й кола повноважень особи, обвинувачуваної у вчиненні злочину; мотиву, мети і характеру вчинених дій, їх зв'язку зі службовим становищем зазначеної особи [36], ставлячи таким чином у залежність сам факт вчинення корупційного кримінального правопорушення із службовим становищем такої особи, а ні тими можливостями, які обумовлюють таке становище.

Визначаючи зміст ознаки «шляхом зловживання службовим становищем», у першу чергу необхідно звернутися до положень ч. 2 ст. 19 Конституції України, яка визначає, що службові особи органів державної влади та органів місцевого самоврядування зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [12], тобто наведена норма визначає порогові обмеження діяльності службових осіб: підстави, межі та спосіб, які встановлюються відповідним нормативним актом, що регламентує повноваження конкретної посадової особи або щодо загального кола її

повноважень, або визначає конкретні права та обов'язки щодо ввірених їм чи наданих у безпосереднє відання предметів чи предметів, стосовно яких службова особа має право оперативного управління. Такі повноваження службової особи можуть бути визначені Законами України «Про державну службу» [29], «Про службу в органах місцевого самоврядування» [34], «Про статус депутатів місцевих рад» [35], «Про Національну поліцію» [33] тощо.

У спеціальній літературі стосовно визначення сутності службових зловживань та їх класифікацій наводяться різні підходи. Заслуговує на увагу позиція В. О. Навроцького, який систематизував службові зловживання залежно від характеру протиправної поведінки, що їх утворюють: 1) вчинення службовою особою діяння у межах своєї службової компетенції; 2) віддання вказівок, розпоряджень, наказів підлеглим або підконтрольним службовим особам; 3) використання свого службового становища з метою впливу на вищестоящу службову особу цього відомства, до компетенції яких входить вчинення певного діяння, або з метою впливу на колегіальний орган (переконання їх у доцільності вчинення такого діяння, ведення в оману при підготовці прийняття того чи іншого рішення); 4) використання свого службового авторитету, авторитету посади чи органу, в якому працює винний, для впливу на працівників інших організацій, відомств, завдяки чому ті вчиняють відповідне діяння [24, с. 13; 23, с. 498–499].

В основу кваліфікації службових зловживань І. Б. Малиновський поклав варіанти протиправної поведінки службової особи: 1) неповне виконання певного рішення; 2) повне невиконання певного рішення, тобто бездіяльність; 3) повне невиконання певного рішення та вчинення протилежного йому діяння (злочинна поведінка складається з двох протилежних за змістом діянь – спочатку бездіяльність, а потім дія); 4) вчинення у межах наданого службовій особі права вільного вибору дії, діяння, яке є антисоціальним за своїм спрямуванням [19, с. 60–61].

Здійснюючи аналіз сутності зловживання службовою особою своїм службовим становищем, В. Г. Хашев підсумовує, що службова особа завжди діє у межах своєї компетенції, вчиняє дії, які вона має право вчиняти, перебуваючи на відповідній посаді [48, с. 82]. Як обґрунтовано наголошує Ю. П. Гармаєв, оскільки норма про зловживання владою або службовим

становищем є бланкетною, то у постанові про притягнення як обвинуваченого, обвинувальному висновку, вироку суду необхідно посилатись на відповідні правові норми, які порушила службова особа [46, с. 41]. Таким чином, корупційне кримінальне правопорушення вважається вчиненим службовою особою, якщо остання для його вчинення використовує наявне у неї службове становище з урахуванням функцій, що нею здійснюються.

Висновок

На підставі вищезрозглянутого, можна стверджувати, що:

1. Діяння визнається корупційним правопорушенням, якщо воно: 1) є діянням (дією або бездіяльністю); 2) таке діяння вчиняється умисно; 3) воно містить ознаки корупції; 4) вчиняється належним суб'єктом – особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону; 5) таке діяння є підставою кримінальної, дисциплінарної та/або цивільно-правової відповідальності.

2. На сьогодні корупційним правопорушенням визнаються виключно діяння, що мають своїм правовим наслідком такий вид публічно-правової відповідальності як кримінальну відповідальність і виключно у разі вчинення суспільно небезпечних діянь, зазначених у примітці до ст. 45 КК України. Вчинення порушень, пов'язаних з корупцією, за будь-яких умов не є підставою кримінальної відповідальності і є такими за умов їх передбачення Главою 13-А КУпАП «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією».

3. Існуюче на сьогодні визначення корупційних кримінальних правопорушень шляхом наведення вичерпного переліку кримінально-правових норм, що визначають підстави кримінальної відповідальності, є поверхневим і неповним та не відповідає інтересам суспільства щодо кримінально-правової протидії корупційним проявам. Таке визначення виправдано та доцільно навести шляхом вказівки на ознаки такого діяння, а саме його вчинення особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»; шляхом використання своїх службових повноважень; мети такої злочинної поведінки – одержання без законних на те підстав будь-якої вигоди матеріального або нематеріального характеру.

4. Використання службовою особою авторитету посади, яку вона займає, або авторитету органу, який представляє така службова особа, не є способом використання службовою особою

наданих йому відповідним нормативно-правовим актом повноважень (прав та обов'язків), що й обумовлюють відповідне службове становище винного. Залежно від того, для чого саме використовується авторитет посади, яку займає службова особа, або авторитет органу, який вона представляє, така протиправна поведінка становить або зловживання довірою до себе через займану посаду чи авторитет відповідного органу, або підбурювання іншого співучасника з метою схилити його до вчинення кримінального правопорушення.

Література:

1. Биков К. Г. Зловживання владою або службовим становищем як спосіб вчинення корупційних злочинів та окремих склад злочину. *Вісн. Кримінологічної асоціації України* : збірник наукових праць. . 2017. № 2 (16). С. 172–183.
2. Дубно, Тетяна Вікторівна. Спосіб вчинення злочину за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2016. 19 с.
3. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2014. 944 с.
4. Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (Реєстр корупціонерів). URL: <https://corruptinfo.nazk.gov.ua>.
5. Ємельянов М. В. Кримінальна відповідальність за шахрайство: монографія. Харків: Право, 2014. 176 с.
6. Здравомыслов Б. В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. Москва: Юрид. лит., 1975. 168 с.
7. Зінченко І. О. Кваліфікація злочинів при їх множинності та конкуренція кримінально-правових норм: навч. посіб. Харків: Право, 2017. 114 с.
8. Кириченко В. Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву. Москва: АН СССР, 1959. 184 с.
9. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. 424 с.
10. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон від 07.12.1984 № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.

11. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції: ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 31.10.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text.

12. Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.

13. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів. Київ: Юрінком Інтер, 1998. 415 с.

14. Корупція: теоретико-методологічні засади дослідження / керівник авт. кол. доц. І. О. Ревак. Львів : ЛьвДУВС, 2011. 220 с.

15. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією від 27.01.1999 № ETS173. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101#Text.

16. Кримінальне право України. Особлива частина : підруч. / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна ; 6-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2020. 768 с.

17. Кримінальне право України. Особлива частина: навч. посіб. / В. М. Трубников, В. І. Борисов, Я. О. Лантінов [та ін.]; за заг. ред. В. М. Трубникова. Харків: ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2013. 336 с.

18. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

19. Малиновский И. Б. Коррупция: проблемы уголовной ответственности государственных служащих: учебное пособие. Москва: НИИРИО Моск. ин-та МВД России, 1996. 112 с.

20. Мельник М. І. Корупція: проблема визначення сутності і поняття. *Вісник Академії правових наук України*. 1997. № 3. С. 83–89.

21. Мельник М. І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії : монографія. Київ : Атіка, 2001. 304 с.

22. Мельникова В. Е. Должностные преступления. Вопросы уголовно-правовой квалификации: учебное пособие / отв. ред. Б. В. Здравомыслов. Москва, 1985. 97 с.

23. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. Київ: Знання, 2000. 771 с.

24. Навроцький В. О. Посадові злочини: лекції для студ. юрид. ф-та / Львів. держ. ун-т ім. І. Франка, Юрид. ф-т, Каф. кримінал. права та процесу. Львів: [б.в.] 1997. 28 с.

25. Новицький Г. В., Педан В. І., Рибачук В. В. Співучасть у злочині та причетність до злочину за кримінальним правом

України: проблеми кваліфікації: монографія / Бердян. ун-т менедж. і бізнесу. Донецьк: Юго-Восток, 2012. 237 с.

26. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений; РАН, Институт русского языка им. В. В. Виноградова. 4. изд., доп. Москва : Азбуковник, 1999. 944 с.

27. Папиашвили Ш. Г. Должностные преступления в теории уголовного права, законодательстве и судебной практике. Тбилиси: Тбил. ун-т, 1988. 303 с.

28. Про боротьбу з корупцією : Закон від 05.10.1995 № 356/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/356/95-вр#Text>.

29. Про державну службу: Закон від 10.12.2015 № 889-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text>.

30. Про запобігання корупції : Закон від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.

31. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон від 07.04.2011 № 3206-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3206-17#Text>.

32. Про засади запобігання та протидії корупції: Закон від 11.06.2009 № 1506-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1506-17#Text>.

33. Про Національну поліцію: Закон від 02.07.2015 № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>.

34. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон від 07.06.2001 № 2493-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2493-14#Text>.

35. Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів: Закон від 11.07.2002 № 93-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93-15#Text>.

36. Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень : постанова ПВС України від 26.12.2003 № 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03#Text>.

37. Расюк Е. В. Соціальна небезпека корупції та її наслідки для держави і суспільства. *Вісник Академії адвокатури України*. Том 13. Число 1 (35). 2016. С. 107–110.

38. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України «Про засади запобігання та протидії корупції»,

«Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів): Рішення Конституційного Суду України від 06.10.2010 № 21-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v021p710-10#Text>.

39. Сахаров А. Б. Ответственность за должностные злоупотребления по советскому уголовному праву. Москва: Госюриздат, 1956. 211 с.

40. Светлов А. Я. Борьба с должностными злоупотреблениями / отв. ред. И. П. Лановенко. Киев: Наук. думка, 1970. 187 с.

41. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / отв. ред. И. П. Лановенко. Киев: Наук. думка, 1978. 303 с.

42. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / К. П. Задоя та ін.; наук. ред. К. П. Задоя. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. 135 с.

43. Третій додатковий звіт Спільного першого та другого раундів оцінювання про виконання рекомендацій Україною: затверджений GRECO на 59-му пленарному засіданні (м. Страсбург, 18–22.03.2013). URL: https://oblrada-pl.gov.ua/sites/default/files/field/file/greco_3_zvit_ukraine.pdf.

44. Туркот, Микола Семенович. Кримінальна відповідальність за зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2007. 210 арк.

45. Уголовный кодекс Бельгии / науч. ред. и предисл. Н. И. Мацнева. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. 561 с.

46. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального Кодексу України. Київ: Істина, 2004. 504 с.

47. Харченко В. Б. Суспільно небезпечні наслідки злочинного порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності: проблеми визначення та встановлення. *Вісн. Харк. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. Сер. : Право.* 2011. № 945 (9). С. 229–233.

48. Хашев, Вадим Георгійович. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08/Дніпропетровський держ. ун-т внутрішніх справ. Дніпропетровськ, 2007. 258 арк.

49. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією від 04.11.1999. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_102#Text.

50. Шиндель Ю. І. Зміст надання публічних послуг у складі злочину, передбаченому ст. 365-2 КК України. *Вісн. Харк. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. Сер. : Право.* 2013. № 1082. С. 173–177.

51. Яковлева А. М. Сучасний тлумачний словник української мови: 55 000 слів. Харків: Торсінг, 2017. 672 с.

52. Яциніна М.-М. Об'єкт зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за КК України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична.* 2015. Вип. 62. С. 184–191. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu_yu_2015_62_23.