

DOI 10.26886/2414-634X.8(52)2021.2

UDC 343.352

ANALYSIS OF ARTICLE 3683 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Olga Vitsiuk

<https://orcid.org/0000-0002-5628-6904>

e-mail: ov.trotsenko1@gmail.com

G. S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical University, Kharkiv, Ukraine

This article provides a detailed analysis of the provisions of the Criminal Code on bribery of officials, namely the rules establishing liability for bribery of an official of a legal entity of private law, regardless of organizational and legal form (Articles 354, 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 of the Criminal Code of Ukraine), through the analysis of the mechanism of construction of sanctions of criminal law. And also substantiated recommendations are provided for their completion.

Key words: illegal benefit, bribery, offer of illegal benefit, limits of punishment, official.

Здобувач ступеня доктора філософії, Віцюк О. В., Аналіз статті 368³ Кримінального кодексу України/ Харківський національний педагогічний університет імені Г. С. Сковороди, Україна, Харків

У цій статті здійснено детальний аналіз норм Кримінального Кодексу з приводу підкупу службових осіб, а саме норми, що встановлює відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 354, 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК України), через аналіз механізму конструювання санкцій кримінально-правових норм. А також надаються обґрунтовані рекомендації, щодо їх доопрацювання.

Ключові слова: неправомірна вигода, підкуп, пропозиція неправомірної вигоди, межі покарання, службова особа.

Постановка проблеми. Верховний суд відповідає за узагальнення судової практики та оприлюднення своїх правових позицій у певних категоріях справ, у тому числі пов'язаних з корупцією, з метою забезпечення рівномірного застосування законодавства судами (стаття 45 Кримінального кодексу України містить перелік кримінальних правопорушень, які розглядаються як корупційні для цілей кримінального покарання).

В даний час відповідні правові позиції Пленуму колишнього Верховного Суду України були прийняті більше десяти років тому і не відображають подальших змін у законодавстві, за винятком вказівок щодо адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією. Однак, оскільки новий Верховний суд був створений лише минулого року, він ще не дав жодних роз'яснень та позицій щодо злочинів, пов'язаних з корупцією.

Таке становище призводить до виникнення гострих дискусії в науковому колі, актуалізує проблематику тлумачення та застосування норм, що визначають відповідальність за корупційні злочини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З метою написання даної статті було здійснено дослідження в науковій літературі з таких питань, що стосуються караності та призначення покарання за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди: ступінь тяжкості злочинів, види і міра покарань за їх вчинення, необхідність та обґрунтованість їх меж; можливість звільнення від відповідальності та особливості призначення покарання.

Відповідні висновки цієї статті здійсненні на дисертаційному рівні Є. Ф. Фесенко, С. І. Дементьєвим, Г. Д. Борейко. В своїх працях вони

підіймали та актуалізували проблематику неузгодженості норм, що регулюють відповідальність за корупційні злочини, зокрема аналізованої в статті норми.

Метою статті є детальний аналіз статті 368³ КК України на основі дослідження інших статей та їх санкцій, що регулюються кримінальну відповідальність за корупційні злочини.

Виклад основного матеріалу. Українське законодавство про хабарництво діє з поняттям "неправомірної вигоди", що в Законі про боротьбу з корупцією визначається як "гроші чи інше майно, преференції, переваги, послуги, негрошові активи та будь-яка інша перевага, яку незаконно обіцяють, пропонують, доставлена або отримана особою, яка уповноважена виконувати функції державного чи місцевого самоврядування!" Майже ідентичне визначення включено до Кримінального кодексу України та охоплює відповідні статті, зокрема:

- Стаття 354 - активний та пасивний підкуп працівника (не службовця) державного підприємства, установи чи організації;
- Стаття 364 - зловживання владою посадовою особою;
- Стаття 364 (1) - зловживання повноваженнями посадовою особою приватної юридичної особи;
- Стаття 365 (2) - зловживання повноваженнями постачальниками державних послуг;
- Стаття 368 - пасивний підкуп посадової особи;
- Стаття 368 (3) Частина 1 - активний підкуп посадової особи приватної юридичної особи;
- Стаття 368 (3) Частина 3 - пасивний підкуп посадової особи приватної юридичної особи;
- Стаття 368 (4) Частина 1 - активний підкуп постачальників державних послуг;

- Стаття 368 (4) Частина 3 - пасивний підкуп постачальників державних послуг;
- Стаття 369 - активний підкуп посадової особи;
- Стаття 369 (2) - активна та пасивна торгівля впливом;
- Стаття 370 - провокація хабара.

Так як вже зазначено отримання хабара визнається кримінальним законодавством правопорушенням, а його обіцянка, пропозиція, прийняття пропозиції чи обіцянки, надання, прохання, вимагання або прийняття неправомірної переваги криміналізуються, як у державному, так і в приватному секторах, як повні правопорушення.

В кримінально-правовій санкції з'ясовуються характер і ступінь суспільної небезпеки діяння і особи, яка його вчинила, а також передбачено межі найбільш суворого покарання, яке може бути застосовано до особи правопорушника, якщо кримінальна відповідальність здійснюється у формі осуду з призначенням та виконанням (відбуванням) покарання. Її система будується на основі системи різних за змістом і значимістю кримінальних покарань. Відповідно, між системою санкцій і системою покарань існує міцний зв'язок, завдяки якому санкції можуть бути включені тільки в ті види покарання і тільки в тих розмірах, які встановлені системою покарань.

Необхідно зазначити, що “покарання” і “кримінально-правова санкція” не є тотожними поняттями, оскільки санкція описує лише перелік можливих заходів впливу, натомість покарання є реальним заходом впливу, позбавляє особу, яка вчинила злочин, відповідних благ, які вона до цього мала, і висловлює негативну оцінку її дій від імені держави. Покарання також має на меті виправлення і перевиховання засуджених у дусі точного виконання законів, а також запобігання вчиненню нових злочинів. Однак, як слушно зауважує Є. Ф. Фесенко, держава має формувати кримінально-правову політику на

концепції не корисності кримінального покарання, а його необхідності, оскільки лише в окремих випадках і у певних межах можуть бути виправданими кримінально-правова заборона і кримінальне покарання [1].

Українські норми, пов'язані з корупцією, фрагментовані та розпорошені по різних правових актах. Найбільш релевантні включають: Закон України про запобігання корупції від 14 жовтня 2014 р., 1700-VII; Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. 2341-III; Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р., 8073-X.

Питання, що стосуються караності та призначення покарання за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди, необхідно розглядати у декілька етапів:

1) з'ясувати ступінь тяжкості злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди;

2) проаналізувати види і міри покарань за вчинення досліджуваних корупційних злочинів, а також встановити, наскільки обґрунтовано визначені їх межі;

3) дослідити, чи можливе стосовно осіб, які прийняли пропозицію, обіцянку або одержали неправомірну вигоду, звільнення від покарання чи його відбування;

4) з'ясувати особливості призначення покарання за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди [2].

Найперше необхідно з'ясувати ступінь тяжкості злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди. Так, із положень ст. 12 КК України очевидно, що за ступенем суспільної небезпеки аналізовані посягання є злочинами невеликої тяжкості, середньої тяжкості (ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368-3, ч. 3

ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК України), тяжкими (чч. 2, 3 ст. 368, **ч. 4 ст. 368-3**, ч. 4 ст. 368-4, ч. 3 ст. 369-2 КК України) та особливо тяжкими.

Отже, ступінь тяжкості злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди, залежить від характеру (визначається такими елементами складу, як об'єкт злочину (його важливість) тощо) та ступеня їх суспільної небезпеки (визначається обставинами, що належать до об'єктивної сторони складу злочину та його суб'єкта).

Наступним критерієм, який необхідно проаналізувати далі — види і міри покарань за вчинення цих злочинів, а також встановити, наскільки обґрунтовано визначені їх межі. Так, законодавець до осіб, які вчинили досліджувані корупційні злочини, передбачає такі основні види покарань, як:

- штраф (чч. 3, 4 ст. 354, ч. 1 ст. 368, **ч. 3 ст. 368-3**, ч. 3 ст. 368-4, ч. 2 ст. 369-2 КК України);
- громадські роботи;
- виправні роботи;
- обмеження волі (чч. 3, 4 ст. 354, **ч. 3 ст. 368-3**, ч. 3 ст. 368-4 КК України);
- арешт (ч. 1 ст. 368, **ч. 3 ст. 368-3**, ч. 3 ст. 368-4 КК України);
- позбавлення волі (чч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, **чч. 3, 4 ст. 368-3**, чч. 3, 4 ст. 368-4, чч. 2, 3 ст. 369-2 КК України).

У науковій літературі з приводу питання санкцій у кримінальному праві прийнято поділяти їх на такі види: за кількістю основних видів покарань (одиночні та альтернативні); за наявністю чи відсутністю додаткових покарань (прості та кумулятивні); за можливістю обрання судом покарання (абсолютно визначені та відносно визначені). Відтак, до кумулятивних відносять санкції, які, крім основного, містять також і додаткове покарання, зокрема: позбавлення волі з позбавленням

права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю і саме до таких відноситься ч. 3 ст. 368-3 КК України.

Така позиція законодавця є виправданою, оскільки аналізовані злочинні посягання особи вчиняють з використанням своїх повноважень, якими вони наділені. Відповідно, єдиний спосіб позбутися цього – використання альтернативних санкцій. В той же час у чч. 2, 3, 4 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4, ч. 3 ст. 369-2 КК України передбачене лише одне основне покарання – у виді позбавлення волі, що, видається, законодавчо обґрунтованим, оскільки аналізовані посягання характеризуються високим ступенем суспільної небезпеки. Відповідно, передбачення інших основних видів покарань у санкціях вказаних статей не вважатиметься належною альтернативою позбавленню волі у цих випадках.

Така побудова санкції кримінально-правових норм базується на одному із правил її конструювання, відповідно до якого при побудові санкції за кваліфікований та особливо кваліфікований вид злочину законодавцю необхідно поступово переходити від найбільш альтернативної санкції до найменш альтернативної або взагалі безальтернативної за рахунок скорочення кількості м'яких видів покарань. У санкціях досліджуваних норм законодавцем визначено верхню та нижню межу покарання у виді позбавлення волі (ст. 368, **ч. 4 ст. 368-3**, ч. 4 ст. 368-4, чч. 2, 3 ст. 369-2 КК України) та штрафу (ч. 2 ст. 369-2 КК України).

Натомість в інших санкціях норм передбачена і нижня, і верхня межа покарання, а також лише верхня межа покарання (чч. 3, 4 ст. 354, **ч. 3 ст. 368-3**, ч. 3 ст. 368-4 КК України). Г. Д. Борейко зауважує, що юридична техніка не визначає конкретних правил, які необхідно дотримувати для визначення мінімальних та максимальних меж санкції кримінально-правових норм [3].

Стосовно цього у теорії кримінального права гостро критикується застосування законодавцем широких меж санкцій на що С. І. Дементьєв стверджує, що розрив між межами санкції статті у виді позбавлення волі не повинен перевищувати 3–5 років [4]. Аналізовані санкцій позбавлені таких недоліків, оскільки максимальна різниця між нижньою і верхньою межами покарання у складі злочину, передбаченому ч. 3 ст. 368 КК України, становить 5 років, що є допустимим. Задля встановлення обґрунтованості визначення меж покарань за такі злочини, необхідно керуватися правилами конструювання кримінально-правових санкцій, одним із яких є: мінімальна межа санкції 175 частини статті, яка посилює покарання, не повинна заходити за максимальну межу покарання, яке передбачене за менш суспільно небезпечне діяння.

Законодавець при побудові кримінально-правових санкцій не завжди керується зазначеним правилом. Так, за підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 368-3 КК України), зокрема ч. 3 ст. 368-3 КК України встановлене одне із основних покарань у виді позбавлення волі на строк до трьох років, натомість у санкції ч. 4 ст. 368-3 КК України – позбавлення волі на строк від трьох до семи років.

Ще одним правилом конструювання кримінально-правових санкцій є положення про однорідність за характером і ступенем суспільної небезпеки діяння, які мають бути узгоджені [5; 6]. Для порівняння доцільно обрати санкції, у яких передбачене покарання за вчинення діяння, що полягає у прийнятті пропозиції, обіцянки або одержанні неправомірної вигоди, поєднаного з її вимаганням (ч. 4 ст. 354, ч. 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4, 178 ч. 3 ст. 369-2 КК України).

Слід зазначити, що суб'єктом зловживання впливом може бути лише службова особа (в тому числі службова особа юридичної особи приватного права), яка використовує можливості у межах своїх повноважень, для впливу на особу, яка уповноважена на виконання функцій держави (характер та здійснювана діяльність пов'язані між собою).

Зважаючи на особливості складів злочинів, передбачених чч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, чч. 3, 4 ст. 368-3, чч. 3, 4 ст. 368-4, ч. 2. 3 ст. 369-2 КК України, можуть бути наявні обставини, які обтяжують покарання, а саме: вчинення злочину особою повторно та групою осіб за попередньою змовою. В свою чергу, з-поміж обставин, які пом'якшують покарання, суд, зазвичай, враховує такі: визнання особою вини, щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, наявність на утриманні малолітніх дітей, вчинення злочину вперше, стан здоров'я, позитивна характеристика за місцем працевлаштування та проживання.

У теорії кримінального права зазначається, що підвищена небезпека злочинів та особа винного, наявність у справі тільки обставин, які обтяжують покарання, чи їх перевага над обставинами, які пом'якшують покарання, наближають покарання до верхньої межі санкції відповідної статті КК України. Натомість наявність у справі тільки обставин, які пом'якшують покарання, чи їх перевага над обставинами, які обтяжують покарання, – до нижчої межі міри покарання.

Отже, дослідження питання щодо обґрунтованості визначення меж покарань за злочини, передбачені чч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, чч. 3, 4 ст. 368-3, чч. 3, 4 ст. 368-4, чч. 2, 3 ст. 369-2 КК України, здійснювалось з урахуванням правил конструювання кримінально-правових санкцій, які, в окремих випадках, були порушені при побудові санкцій статей корупційних злочинів, зокрема не узгоджені:

– санкції в основному, кваліфікованому та особливо кваліфікованому складі злочину суперечить правилу 188, відповідно до якого мінімальна межа санкції частини статті, яка посилює покарання, не повинна заходити за максимальну межу покарання, яке передбачене за менш суспільно небезпечне діяння;

– санкції норм, які передбачають однорідні за характером і ступенем суспільної небезпеки діяння в частині покарання за вимагання неправомірної вигоди.

Аналіз караності та призначення покарання за відповідні діяння засвідчив, що суди, відповідно до положень КК України, не мають права на загальних засадах застосовувати до осіб, які вчинили аналізовані корупційні посягання, інститут звільнення від кримінальної відповідальності, а також звільнення від покарання чи його відбування, за винятком випадків, передбачених ст.ст. 49, 80, 83, 84, 86, 87 КК України. І така логіка законодавця є цілком виправданою, оскільки таким чином обмежуються можливості суддівського огляду, який системно мав місце під час звільнення осіб, які вчинили корупційні злочини, від відбування покарання з випробуванням, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, тощо.

Висновок. Резюмуючи, необхідним є звернення уваги саме на реформацію та доопрацювання аналізованих норм, тому пропоную внести такі зміни: – санкцію ч. 4 ст. 354 КК України викласти у редакції: «карається позбавленням волі на строк до трьох років»; – санкцію ч. 2 ст. 369-2 КК України викласти у такій редакції: «караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю»; – санкцію ч. 3 ст. 369-2 КК України викласти у такій редакції: «караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми

років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю з конфіскацією майна».

Література:

1. Фесенко Є. В. (2001). Кримінально-правовий захист здоров'я населення (коментар законодавства та судової практики). К. Істина. 192 с.
2. Фесенко Є. В. (2004). Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. К.: Академія адвокатури України, 2004. 301 с.
3. Борейко Г. Д. (2016). Кримінально-правова охорона трудових прав людини: дис. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Львів. 210 с.
4. Дементьев С. И. (1986). Построение уголовно-правовых санкций в виде лишения свободы. Ростов. Издательство Ростовского университета. 157 с.
5. Хавронюк М. І. (2004). Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. К. Істина. 504 с.
6. Філей Ю. В. (2005). Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя. 232 с.

References:

1. Fesenko E. V. (2001). Criminal protection of public health (commentary on legislation and case law). K. Istyna. 192 c [in Ukrainian]
2. Fesenko E. V. (2004). Crimes against public health and the system of measures for its protection: dissertation doctor of laws: 12.00.08. K. Academy of Advocacy of Ukraine. 301 c [in Ukrainian]

3. Boreiko G. D. (2016). Criminal protection of labor human rights: dissertation doctor of laws: special 12.00.08 "Criminal law and criminology; criminal executive law ". Lviv. 210 с [in Ukrainian]
4. Dementiyev S. I. Дементьев С. И. (1986). Construction of criminal sanctions in the form of imprisonment. Rostov. Izdatelstvo of Rostov university. 157 с. [in Russian]
5. Havronyk M. I. Хавронюк М. І. (2004). Handbook of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. K. Istyna. 504 с. [in Ukrainian]
6. Filey U. V. Філей Ю. В. (2005). Criminal sanctions and their application for crimes against property: dissertation doctor of laws: 12.00.08. Zaporizhzhia. 232 с. [in Ukrainian]

Citation: Olga Vitsiuk (2021). ANALYSIS OF ARTICLE 3683 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE. New York. TK Meganom LLC. Innovative Solutions in Modern Science. 8(52). doi: 10.26886/2414-634X.8(52)2021.2

Copyright: Olga Vitsiuk ©. 2021. This is an openaccess article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC BY). The use, distribution or reproduction in other forums is permitted, provided the original author(s) or licensor are credited and that the original publication in this journal is cited, in accordance with accepted academic practice. No use, distribution or reproduction is permitted which does not comply with these terms.